

La valoración de la prueba

Jordi Nieva Fenoll

proceso y derecho

 Marcial
Pons

ES XIV G

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

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

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

	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

	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

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

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 haze en juyzio, en razon 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 Rechtsiatsachenforschung 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 BELIRÁN²⁰, 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. Bauzhauf, 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 BELIRÁN, *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. AISA 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.

claramente, 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

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 anfange, 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

el 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 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 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 «intima 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. RUBNICK, *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 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 irremediabilmente 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. SENTIS 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.

I. 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 reconveniones (*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 PERNADO, *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

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.

⁸ *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.

⁹ *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.

¹⁰ 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.

seguramente 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. Éstos y otros muchos métodos ordalícos 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 «*Urtheil*» —«*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 thätigkeit des richters und der urtheiler* (*rechtsalterth.* 2, 380 ff.) *eingeschränkt*. *das ahd.* v. irteilan *hat schon die bedeutung judicare* (Graff, 5, 411) *erreicht*, *indem aus ältern verbindungen wie dômos adêllan* (*Heliland*, 3317; 5257) *das object fiel* (Paul-Braunes, *beiträge* 43, 366). *vgl.* *ubartailan*, —teilida, —teillari *judicare, judicium, judex* (Graff, 5, 410 f.) *im ahd.* steht *das n.* urteili *naben dem f.* urteili, urteilla (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, dándose de 1214²² la primera prohibición general expresada²³, 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-superstición-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 «árabs».

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 rotariis, aut balistariis, aut huiusmodi viris sanguinum praeponat, nec illam chirurgiae partem subdiaconus, diaconus, vel sacerdos exercent, quae ad ustionem vel incisionem inducit. Nec quisquam purgationi aquae ferventis vel frigidae seu ferri candentis ritum cuiuslibet benedictionis aut consecrationis impedit, salvo nihilominus prohibitoibus 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 deduce 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 ordálicos. No obstante, tampoco son tan frecuentes como podría suponerse. De hecho, sólo se localizan en los §§ 20, 23 y 249.

ordalias es escasa, y curiosamente también está referida al adulterio, a través de la célebre ordalia de las aguas amargas²⁹. Y, de hecho, en el archiconocido proceso celebrado unos tres siglos después de la institución mosaica de esta ordalia, 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 ordalia³¹.

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 ordalia.

En primer lugar, debe decirse que las ordalias 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 ordalia— 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 ordalia 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 ordalias 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 ordalia —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 ordalia 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. NEIGEBAUER, *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 entre una clase de herida y otra, en negocios de litigio en tus ciudades; entonces te levantarás 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 procediere 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, RD 1.ª.

En segundo lugar, no es cierto que la ordalia 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 ordalia 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 ordalias. 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 ordalia⁴⁴. 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 conciencia 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, CABAÑAS 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 sospeso, o si pronunciò provvisoriamente la sentenza, salvo a riformarla, se accadesse all'accusato la sventura che si era imprecata: 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-BROUILLÉ, *La preuve judiciaire*, París, 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 HEVIA BOLAÑOS, *Curia Philippica*, t. I, reimp. 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 María, y a las palabras de los Santos Evangelios, de decir verdad de lo que supiere en aquel pleyto, también por la una Parte, como por la otra, aunque no sea preguntado en ello; y de no descubrir el secreto hasta la publicación». 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 ordalías 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 ordalías. 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 combatirlos. 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 ordalía. Pero ello, evidentemente, resulta absurdo, porque lo único que tienen en común la ordalía, 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 ordalías, 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. PATELLA, *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 ordalía 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 ordalías: «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 LBCrim y 335.2, 342 y 365 LEC entre otros preceptos.

⁴⁸ Se perca 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 ordalías. 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 quacunque causa facile patiatur admitti. Et nunc manifeste sancimus, ut unius omnino testis responsio non audiatur, etiamsi praeclarae curiae honore praefulgeat.*»

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; cualquiera 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 ordalias. 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 ordalias 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 intelegibilidad 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 ordalias, 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 período 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, tunc referendae religionis et servanda».

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 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, métese 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 exigírsele 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 Begehrens zu beweisen hat».

⁶⁴ BETHMANN-HOLLWEG, *Der Civilprozeß*, 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 habría 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, dené de't anevangelet hevet».

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

⁶⁸ J. NIEVA FENOLL, «Imprecisiones privatistas de la Ciencia jurisdiccional», *Justicia*, 2008, núms. 1-4, 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. BARR, «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. MICHELI, *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. MICHELI, *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.

robocar 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, Reedición facsímil de Valladolid, 1990.

⁸⁹ Se utilizará el texto publicado por BEHREND, y corregido por A. BORETIUS 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 otro parte, el iuez debe primeramente catar quales deven ser mas creydas...».

guda 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 familia*)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 iuez 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 iuez á 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, e los sorteros, e los ladrones, e los pecadores, e los que dan yervas, e los que fuerzan las mujeres, e los que dixieron falso testimonio, e 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 et 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 Sállica 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

ius 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 furtuna sua dare voluerit in laisum illius quem iam elegit fistucam jactare: debent denominare illo qui fortuna sua in laiso jactat et illo quem heredem appellit similiter nominent. Et alteri tres testes jurati dicere debent quod in casa illius qui fortuna sua donavit ille in cujus laisu fistuca jactata est ibidem mansisset et hospites tres vel amplius ibidem collegisset et in brodum pultis manducassent et testes collegissent et illi hospites et 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 furtuna ipsa aut ante regem aut in mallo publico legitimo hoc est in mallobergo ante teoda aut thunginum furtunam 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 rachineburgis 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 rachineburgis 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 veni, 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. SANTIPONS BARBA, R. MARTÍ DE EIXALA 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 hubieren juzgado, salvo que tuvieran que declarar ante la superior instancia precisamente sobre lo que hubieren 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, foreros, 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 promoviesen ¹¹¹. Se vedó también la declaración de los compañeros de profesión, en procesos relacionados con su actividad profesional ¹¹². También se prohibió declarar a las propias partes (o a sus dependientes) en pleito propio, salvo que fuere a petición de la parte contraria ¹¹³.

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 adulterio ¹¹⁴.
- Exigencia de la presencia de dos testigos en cualquier pleito para dar por probado un hecho, o incluso de más en casos particulares ¹¹⁵.
- Prohibición del testimonio de referencia ¹¹⁶.
- Los documentos, en general, realizados según lo establecido en las leyes ¹¹⁷ tenían valor de prueba plena en cuanto al contenido de dichos documentos. Indudablemente la tenían los documentos públicos ¹¹⁸, estableciéndose el valor privilegiado del testimonio del escribano (de buena fama) sobre su autoría de un documento público, salvo prueba de falsedad ¹¹⁹.

Por último, existía la figura del juramento ¹²⁰, que no era en realidad prueba, dado que excluía la celebración de dicha prueba ¹²¹ y, de hecho, en ocasiones trataba de ser evitado si existían pruebas sobre el hecho ¹²². Además, ni siquiera podía realizarse en todo caso, sino que existían excepciones ¹²³. Desde luego, lo declarado bajo juramento tenía valor legal en lo que perjudicare 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 confundieron ¹²⁵ y mezclaron la eficacia del juramento, especialmente el deferido ¹²⁶, con la confesión ¹²⁷, 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 valoración ¹²⁹, recordándose ello específicamente con respecto a la prueba en documento privado, aunque no sin posibilidades de que pudiera tener valor tasado ¹³⁰. 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 prueva, 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 beweisenn wollte, damit solle er, alls Recht ist, zugelassen werden.*

¹³² Art. 62.

¹³³ Art. 65. *Wie zeugen sagen sollen. Item die zeugen sollern sagen von jrem selbs eigen waren wissenn mit antzeigung jrs wissens grunlicher wissach. So sy aber vonn frembden hören sagenn wurden, das soll nit genugsam geacht werden.*

¹³⁴ Art. 67. *Vonn genugsamen Bezeugnus. Item so ein Missethat zum wenigstenn mit zweien oder dreiem glauphafftigen guten zeugen, die vonn einem waren wissen sagen, bewisen würdt, daruff soll nach gestalt der verhandlung mit peinlichem rechten vollfahren vund geturteilt werden.*

¹³⁵ Cfr. G. CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*, Padova, 1937, p. 75.

¹³⁶ 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 respondiere 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, suprimiendo 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 manifiestamente 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 «pensar» 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 dichiara-*

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

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

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 ΚΟΔΙΚΟΣ ΠΟΛΙΤΙΚΗ ΔΙΚΟΝΟΜΙΑ. 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», *ZfP*, 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 Art. 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 circumstance, 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 prejuizo de outras restrições especialmente determinadas na lei».

¹⁶⁶ Vid. A. DE LA OLIVA SANTOS (con DIEZ-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. GARBERÍ 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 contradica 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 normas 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.

«Procedido 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 Beurteilung 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'acquiescer 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: «Siguese 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. PEGUERA, *Praxis civilis*, Barcelona, 1674, p. 114, se expresa en estos términos: «quæ sit positio, secundum Doctores est quedam 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.

¹⁷⁷ 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.

¹⁷⁸ Vid. J. MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, cit., pp. 49 y ss.

¹⁷⁹ Vid. BREHM, Wolfgang, *Bindung des Richters an den Parteivortrag und Grenzen der freier Verhandlungswürdigung*, Tübingen 1982, pp. 10-11.

¹⁸⁰ J. MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, cit., p. 43.

¹⁸¹ J. MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, cit., pp. 44-45.

¹⁸² 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, tutto sistematico dell'inganno è stato storicamente un tratto caratteristico dei regimi totalitari».

¹⁸³ J. MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, cit., pp. 47-48.

¹⁸⁴ 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 elevanza 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.

¹⁸⁵ También en este sentido, COHN, «Zur Ideologie des Zivilprozessrechts», en AAVV, *Erinnerungsgabe 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 comúnmente aceptada. KLEIN fue una figura de referencia en el procesalismo mundial lo que provocó que sus ideas influyeran en los más variopintos 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 QUILANO, *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*, Berlín, 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», *RDPProc.*, 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 ordalía, y que después, con algún parentesis en Roma, todo había sido prueba legal, creencia que actualmente sigue 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 ordalía. Y en época romana y medieval lo que en realidad había acontecido es que las leyes aumentaron 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, 1765, que realiza justamente este relato, pp. 342 y ss, y cuya obra, pese a la edición consultada (la octava edición) 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 existe 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 ROCHETTE, *Les Procès 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 exchire les preuves des conventions particulières, et autres qui seroient faites par les parties sous leurs seings, sceaux et écritures privées. (55) Les preuves de tonsures 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 giudicame 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 vel e che tutto riduce ad un sistema fattizio imprestato da' suoi studi».

¹⁹⁵ *Commentaires sur les lois angloises de M. Blackstone*, traduits de l'Anglois par Auguste-Pierre Damiens de Gomicourt sur la quatrieme edition 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 oral 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 attaints 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 attaint, 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 attaints 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 SALAVERRÍA, *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 qui 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.º Dangereuse à la société; ici, je suis forcé de le dire, une vaine démonstration d'humanité ne m'égarera 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.º Dangereuse à l'accusé: en effet, si vous établissez 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 établie 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 tout 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. DUPONT 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.

²⁰⁴ 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».

²⁰⁵ Art. 206 del *Code de délits et de peines de 1795*. Les jurés sont 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.

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 explicar 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 introdujo 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 heure 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

esta 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 lugar 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

«arriver à une conclusion prompte, pour ne pas fomenteur 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, *Théorique 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, *Théorique 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 Geschworenengericht*, Landshut, 1813, pp. 33-34: «Da der Ausspruch der Jury bloß 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

no 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, absoluciones de 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 unerbittlicher 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 Censurat 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 omnicompreensiva, 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 Benützung 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 *Verordnung* prusiana de 17 de julio de 1846²³⁶.

Pero mientras todo eso sucedía en el proceso penal, en el proceso civil la situación permanecía inalterada. MITTERMAIER 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 Beweise im 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's 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 ihm dabei gelehrt haben, in dem Urtheile anzugeben». Citado por WALTER, *Freie Beweiswürdigung*, cit., p. 74.

²³⁷ C. J. A. MITTERMAIER, «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 alle Gesetzgeber, diese Theorie 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, Heber allgemein das Verhältniß der Unglaubwürdigkeit erklärt und damit oft schwer verletzt. Frage man die Erfahrung in England, wo seit 1843 Niemand von den Zeugnissen ausgeschlossen ist, und man wird von allen Praktikern diese Vorschrift rühmend 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 Rechtsachen 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. SCHMIDT, *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 abstuera 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 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 *maximes*, 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.

²⁴² W. ENDEMANN, «Die Folgen freier Beweisprüfung im Civilprozesse», *AcP*, núm. 41 (1858), pp. 289 y ss.

²⁴³ W. ENDEMANN, «Die freie Prüfung des Zeugenbeweises», *AcP*, núm. 42 (1859), pp. 246 y ss.

²⁴⁴ W. ENDEMANN, «Der Urkundenbeweis ohne gesetzliche Beweisregeln», *AcP*, núm. 43 (1860), pp. 1 y ss.

²⁴⁵ W. ENDEMANN, «Der Eid bei freier Beweisführung», *AcP*, núm. 43 (1860), pp. 349 y ss. W. ENDEMANN, *Die Beweislehre des Civilprozesses*, Heidelberg, 1860.

²⁴⁶ 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 1456 DE VICENTE Y CARAVANTES, *Tratado*, cit., p. 135, dijera estas palabras en Español: «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.

²⁴⁷ La expresión «materielle Wahrheit» ya la había utilizado BUSCH, *Der zwiespalt der deutschen Gesetzgebungen*, cit., p. 65, en 1854.

²⁴⁸ 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».

²⁴⁹ ENDEMANN, «Die Folgen freier Beweisprüfung», cit., p. 289.

²⁵⁰ *Ibid.*, p. 324.

²⁵¹ 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.

²⁵² ENDEMANN, «Die freie Beweisprüfung», cit., p. 96.

²⁵³ *Ibid.* «Die Folgen freier Beweisprüfung», cit., p. 291.

²⁵⁴ *Ibid.* «Die Folgen freier Beweisprüfung», cit., p. 303.