

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Vid. también §§ 416.a) a 418 ZPO.

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

²⁶² §§ 165.II y 314 ZPO.

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

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

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 311.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁷⁴ *Ibid.*, p. 356.

²⁷⁵ *Ibid.*, p. 359.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁸⁴ *Ibid.*, p. 103.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁹⁹ Partida III, Título XVI, Ley 40.

³⁰⁰ Partida III, Título XIII, Ley 6.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³⁰⁶ *Ibid.*, cit., p. 100.

³⁰⁷ «Balance of probabilities».

³⁰⁸ «On the whole of the evidence».

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³¹⁵ *Überwiegende Wahrscheinlichkeit*.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³²⁴ FJ 3.º de la STC 31/81.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. EL ENFOQUE ESTRICTAMENTE JURÍDICO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹² Arts. 377, 379.3 y 376 LEC.

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

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

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

2. EL ENFOQUE EPISTEMOLÓGICO O GNOSEOLÓGICO

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

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

A) El sistema silogístico y sus reelaboraciones

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²³ *Ibid.*, pp. 119 y ss.

²⁴ *Ibid.*, p. 126.

²⁵ *Ibid.*, pp. 138 y ss.

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

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

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

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

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

Ése fue el camino seguido por Lawrence Jonathan COHEN³¹, cuya obra se desarrolló bastante —aunque no exclusivamente— en el campo del razonamiento judicial³². La clave principal de este autor precisamente fue, como sostiene AÍSA³³, alejarse de las intuiciones apriorísticas de los filósofos anteriores, que no estaban basadas en el método científico, incluso cuando se fundamentaban en el uso teórico de las matemáticas³⁴. COHEN, superando los errores que implica basar el razonamiento probatorio simplemente en cálculos estadísticos o matemáticos de probabilidad —a los que me referiré más adelante— buscó acercarse a esquemas de razonamiento experimental más adelante— buscó acercarse a esquemas de razonamiento experimental más adelante— a través de la llamada «probabilidad inductiva»³⁵.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³⁷ *Ibid.*, p. 176.

³⁸ *Ibid.*, p. 177.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³⁹ *Ibid.*, pp. 178 y ss.

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

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

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

⁴³ *Ibid.*

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

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

⁴⁶ *Ibid.*, p. 185.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁵³ *Ibid.*, p. 270.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 276.

⁵⁵ *Ibid.*, pp. 277 y ss.

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

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

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

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

⁵⁶ *Ibid.*, pp. 292 y ss.

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

⁵⁸ *Ibid.*, p. 294.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 297.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 303.

⁶¹ *Ibid.*, p. 307.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁶⁵ *Ibid.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

C) El tránsito hacia los enfoques psicológicos

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. EL ENFOQUE PSICOLÓGICO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A) El sistema de los modelos mentales

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

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

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

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

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

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

(Nota 90 en página siguiente)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

prueba. Sin descartar la influencia de las dos anteriores predicciones, lo que resulta evidentemente más peligroso es que el juez identifique enseguida el modelo mental de que se trate para valorar la credibilidad de una versión, porque si lo localiza inmediatamente sin darse tiempo a buscar opciones alternativas, puede acabar incurriendo en un error. En cambio, si busca esas alternativas la garantía de acierto es muy superior. Con ello, fijémonos que el enfoque de los modelos mentales da una primera razón sólida del porqué del desacierto de tantas y tantas inducciones y deducciones probatorias. Simplemente, el juez no se ha planteado alternativas porque, a primera vista, le ha parecido creíble la primera versión de los hechos que le han ofrecido⁹⁷.

Pero este enfoque va mucho más allá. Ya vimos cómo uno de los puntos en los que más fallaba el sistema epistemológico era en la determinación del grado de corroboración de una hipótesis. Pues bien, JOHNSON-LAIRD⁹⁸, sin pretenderlo en absoluto porque su trabajo inicial no tuvo enfoque jurídico, anuncia algo que tampoco es extraño para un procesalista. Afirma dicho autor que en los razonamientos inductivos —como normalmente es el probatorio— es preciso realizar dos operaciones: confirmar las premisas y calcular la fuerza de la inferencia. Traducido al lenguaje presuntivo, lo indicado consiste en probar los indicios y determinar la corrección de la máxima de la experiencia. Pues bien, sucede que los seres humanos suelen contentarse con el primer paso, la prueba de los indicios, pero acostumbran a dejar de lado el segundo, la confirmación de la máxima. Y en este punto también centra su análisis el esquema de los modelos mentales.

La fuerza de una inferencia se calcula atendiendo a dos principios: 1. Una conclusión es válida si al menos resulta verdadera en un determinado contexto en el que las premisas son claramente verdaderas. 2. Si cabe imaginar otros contextos en los que las premisas sean válidas pero la conclusión errónea, la inferencia será cada vez más débil. Y si esos contextos alternativos no existen, la inferencia será, evidentemente, muy sólida⁹⁹.

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

Las ventajas de todo lo anterior son innegables. El esquema de los procesos mentales engloba a la vez la inducción y la deducción¹⁰⁰ y, al mismo

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

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

⁹⁹ *Ibid.*, p. 197.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 197.

tiempo, explica con sencillez, sin recurrir a complejas explicaciones silogísticas, el razonamiento humano del día a día¹⁰¹, que es justo el mismo tipo de razonamiento que se utiliza en la valoración de la prueba. Pero por supuesto, tiene la desventaja de que es imposible imaginar todos los contextos alternativos, y queda por resolver el problema de si esta teoría de los modelos mentales sirve para cuantificar el grado de confirmación de las diferentes hipótesis¹⁰² y es capaz de explicar su porqué. Es decir, volvemos a encontrarnos exactamente con el mismo problema con el que chocaban los modelos epistemológicos.

Pero justamente en este punto es donde el enfoque de los modelos mentales resulta más útil, ya que para obtener ese deseado grado de confirmación, sólo es necesario observar los modelos mentales que haya sido posible concebir. Supongamos que dados unos indicios, son diez los modelos mentales alternativos que pueden imaginarse en los que los indicios sean verdaderos. Pues bien, si en la mayoría de esos modelos la conclusión es una y la misma, la versión de los hechos será muy creíble. Pero si difiere en casi todos y resulta confirmada sólo en uno, dicha versión tendrá más posibilidades de ser falsa¹⁰³. Por ejemplo, si se encuentra un cadáver sin signos de violencia en una casa, tendido en el suelo, es posible que sea una muerte natural o bien que se trate de un asesinato. Desde luego, es factible imaginar que el sujeto haya padecido un infarto de miocardio, o que haya resbalado y se haya golpeado fatalmente la cabeza, o haya padecido un infarto cerebral, o bien se haya mareado y haya fallecido al ahogarse con su propio vómito al caer en decúbito supino. La hipótesis del homicidio supondría que alguien ha conseguido matarle sin dejar signo de violencia alguno. Con la reserva de lo que indique la autopsia, parece que la hipótesis de la muerte natural cuenta con muchos más modelos mentales a su favor, por lo que podría ser tenida como válida si no concurren otros indicios más que los indicados.

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

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

Aunque naturalmente pueden combinarse, expliquemos cada una de las tres tomando el mismo ejemplo de antes¹⁰⁴, el del cadáver que se encuentra en la casa. Imagínese que se detiene al primer vecino que la policía encuentra delante de la puerta del apartamento del sujeto fallecido. Es obvio que todos,

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 198.

¹⁰² *Ibid.*, p. 199.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 201.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

B) El sistema de los heurísticos y de los sesgos

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹¹⁹ TVERSKY y KAHNEMAN, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, cit., p. 5.

Desde luego, ello explica bastante bien lo que no conseguía esclarecer la teoría de los modelos mentales, el subjetivismo al que antes me referí. Con el modelo mental el juez formulaba alternativas, pero no sabíamos por qué se decantaba por una o por otra. Es decir, podíamos cuantificar *grosso modo* el *id quod plerumque accidit*, pero no sabíamos por qué el juez consideraba una versión como verosímil. La representatividad nos enseña claramente ese porqué, y consiste en que todo depende de las situaciones con las que se haya confrontado el juez anteriormente. Y además, es posible que dichas decisiones cambien si se consigue introducir un elemento irrelevante, pero llamativo, en la decisión que le haga modificar su cálculo de probabilidades en un caso concreto, siempre que ese elemento irrelevante active el uso por parte del juez de la representatividad.

El heurístico de la representatividad, como dije, ha sido utilizado sobre todo en materia económica, más que nada para demostrar la ignorancia de las personas en materia estadística al tomar una decisión, lo que viene bien explicado por la llamada «falacia del jugador»¹²⁰, en virtud de la cual, por ejemplo, en una secuencia larga de rojo y negro en el juego de la ruleta, el jugador, si ha salido 20 veces el rojo esperará que alguna de las siguientes 20 veces salga el negro, simplemente porque su conocimiento previo de situaciones similares así se lo indica, cuando en realidad es estadísticamente posible que siga saliendo el rojo.

Pero todo lo dicho es aplicable directamente al ámbito de la valoración de la prueba. En esa tarea, un juez utiliza indudablemente su experiencia en casos similares. Por ello, en todo aquello que no conoce del relato de hechos que debe juzgar, intentará adivinar qué es lo que ha sucedido recurriendo a su experiencia. Y cuanto más adivine, menos probabilidades tendrá el relato de ser real, aunque el juez se quede con la sensación de haber construido una historia correcta porque le cuadra con su experiencia¹²¹.

Es sencillo realizar una predicción de lo que hará en aquel caso concreto si se conoce, o al menos puede intuirse, esa experiencia previa, lo que puede valorarse, en algunos casos, acudiendo a la jurisprudencia. O bien podemos saber, siguiendo ese mismo método, qué «datos irrelevantes» podrían modificar su decisión. Se trata de que sean datos que obedezcan a tópicos sociales, fundamentalmente. Desde luego, si es consciente de los peligros de la representatividad, lo más probable es que haga caso omiso de esos señuelos y valore la prueba practicada con la máxima objetividad posible. Pero si no lo es porque no conoce este heurístico, o sencillamente lo pasa por alto porque está obligado a decidir demasiado rápido habida cuenta de la acumulación de asuntos que padece, es más que probable que acuda al atajo que supone la representatividad y, por tanto, decida siguiendo ese heurístico. Su resolución no tiene por qué ser incorrecta obrando de ese modo, pero lo cierto es que

¹²⁰ *Ibid.*, p. 7.

¹²¹ Advierten justamente de esto A. TVERSKY y D. KAHNEMAN, «Judgments of and by representativeness», en KAHNEMAN, SLOVIC y TVERSKY (eds.), *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge, 1982, p. 98.

tiene muchas más posibilidades de serlo que si prescinde de lo que ha ocurrido en casos similares y se centra en juzgar el caso concreto.

Otro heurístico descrito por TVERSKY y KAHNEMAN¹²² es el de la *availability*, traducido normalmente en español como *accesibilidad*¹²³. Este heurístico conduce a los seres humanos a valorar la probabilidad de que se produzca un acontecimiento en función de la facilidad que tengan para recordar un acontecimiento similar. Como siempre ocurre con los heurísticos, normalmente funciona correctamente, porque lo cierto es que lo más frecuente suele ser lo que recordamos con mayor facilidad, por lo que este cálculo de la probabilidad será normalmente correcto. Pero sin embargo, es posible que no sea así. Cuando ha existido un accidente de avión, la práctica totalidad de personas que toman el avión al día siguiente piensan en la posibilidad de un accidente. Y estadísticamente, la ocurrencia de un accidente aéreo es bajísima si se compara con el número de vuelos que despegan cada día y llegan a destino sin novedad.

Experimentalmente se ha demostrado que este heurístico también genera errores. Se leyó a una serie de personas una lista de hombres y mujeres en exactamente la misma proporción, con la diferencia de que muchos de los hombres citados eran famosos y, en cambio, las mujeres no. Preguntados los sujetos del experimento si en la lista había más hombres o más mujeres, la mayoría contestó que había más hombres¹²⁴. Además, este heurístico también provoca un sesgo llamado *correlación ilusoria*¹²⁵, consistente en asociar una cualidad a un sujeto o una cosa por una característica que posee. Es bien conocido que las personas tienden a considerar enfermas mentales a las personas con una mirada muy penetrante o bien con la mirada perdida¹²⁶. Pues bien, nada de eso es indicativo de una enfermedad mental, y sin embargo cada día oímos a nuestros congéneres juicios sobre la mirada de las personas. Pero uno de los posibles efectos de la accesibilidad es el que se produce cuando el sujeto no tiene conocimientos previos sobre la inferencia que se le presenta. Sistemáticamente dirá que es falsa, y la experimentación ha demostrado que este resultado es tanto más fuerte cuanto mayor es la cultura del sujeto y más elevada es la importancia del tema objeto de la inferencia¹²⁷.

¹²² A. TVERSKY y D. KAHNEMAN, «Availability: A heuristic for judging frequency and probability», en KAHNEMAN, SLOVIC y TVERSKY (eds.), *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge, 1982, pp. 163 y ss.

¹²³ También tratado, entre otros, por P. POLLARD, «Human Reasoning: Some Possible effects of Availability», *Cognition*, 1982, 12, pp. 65 y ss.

¹²⁴ *Vid.* este experimento en TVERSKY y KAHNEMAN, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, cit., p. 11.

¹²⁵ TVERSKY y KAHNEMAN, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, cit., p. 13. A. TVERSKY y D. KAHNEMAN, «Extensional vs. Intuitive Reasoning: The Conjunction Fallacy in Probability Judgment», *Psychological Review*, 1983, 90, 4, pp. 293 y ss. A. LOCKSLEY y C. STANGOR, «Why versus How Often: Causal Reasoning and the Incidence of Judgmental Bias», *Journal of Experimental Social Psychology*, 1984, 20, pp. 471 y ss.

¹²⁶ *Vid.* IBABE EROSTARBE, *Psicología del testimonio*, cit., p. 103.

¹²⁷ Es decir, en palabras llanas, que lo que no suena conocido tiende a interpretarse como falso. Esta interesante conclusión puede hallarse en D. GENTNER y A. COLLINS, «Studies of inference from lack of knowledge», *Memory & Cognition*, 1981, vol. 9 (4), p. 442.

No es necesario indicar la enorme importancia de todo lo anterior para la valoración de la prueba de declaración de personas, sean partes o testigos. Pero el heurístico de la accesibilidad, en todo caso, posee también alguna relevancia —inferior a la representatividad— para la valoración del resto de pruebas, sobre todo cuando existe insuficiencia de las mismas. El juez intentará recordar situaciones similares, igual que con el heurístico de la representatividad. Si los hechos que debe valorar el juez son algo excepcionales, es posible que valore como creíble una versión insólita de los hechos, simplemente porque le recuerda a alguna otra que ya juzgó anteriormente. Ello puede darse con más facilidad en los jueces con escasa experiencia, puesto que tienden a creer que todos los supuestos son como los que ellos han visto hasta ese momento. No es un defecto solamente de esos jueces noveles. Es muy frecuente que un abogado diga que conoce «la práctica», cuando en realidad lo que conoce es lo que ocurrió en los casos que ha llevado personalmente. Es sobradamente sabido que, aunque hay excepciones, tanto abogados como jueces suelen poseer una tendencia a tomar su experiencia personal como experiencia generalizada. Y ello es fruto de la accesibilidad, porque, evidentemente, les es más sencillo recordar lo que conocen directamente que aquello que han leído, por ejemplo, en la jurisprudencia. Naturalmente, cuanto inferior es la experiencia más fuerte es la incidencia de la accesibilidad, lo que, como decía, puede hacer que algunos observadores consideren creíbles hechos que en realidad no lo son, porque no están demostrados. Como veremos más adelante, el único modo de luchar contra ello es la debida y exhaustiva práctica de la prueba.

El siguiente heurístico descrito por los autores considerados es el del «anclaje y ajuste». El mismo tiene una incidencia inusitada en materia judicial¹²⁸, y muy especialmente en materia de valoración probatoria. Consiste en que las personas suelen hacerse una idea de lo que ha sucedido en un principio, en cuanto ven algunos indicios. Si ello sucede, es muy difícil que posteriormente cambien de opinión, pese a que reciban nuevos datos que, realmente, modifiquen totalmente esa percepción inicial. Lo que suele suceder, bien al contrario, es que, curiosamente, las personas reinterpretan esos datos para seguir defendiendo su opinión inicial y no tener que modificarla. Ello puede resultar increíble, pero a poco que se piense en cualquier proceso en que las primeras pruebas arrojan un determinado resultado que parece bien plausible, cambiar después la idea del juez puede ser misión auténticamente imposible. Además, como siempre ocurre con los heurísticos, su uso normalmente comporta resultados correctos, porque mantener la opinión inicial sin dejarse influenciar por pequeños datos que vayan surgiendo después, puede hacer que la decisión final sea más correcta. Pero lo cierto es que en ocasiones la incidencia del heurístico comporta errores.

¹²⁸ Que ha sido objeto de estudio. Vid. F. FARINA, M. NOVO y R. ARCE, «Heurístico de anclaje en las decisiones judiciales», *Psicothema*, 14 (1), 2002, pp. 39 y ss. SAKS y KIDD, *Human information processing and adjudication*, cit., p. 229. E. GARRIDO MARTÍN y C. HERRERO ALONSO, *Influence of the Prosecutor's Plea on the Judge's Sentencing in Sexual Crimes: Hypothesis of the Theory of Anchoring by Tversky and Kahneman*, e I. DE LA FUENTE, A. ORTEGA, I. MARTÍN y H. TRUJILLO, «Formal Pattern in Jury Decision Making», ambos en REDONDO, GARRIDO, PÉREZ y BARBERET, *Advances in Psychology and Law*, Berlin-New York, 1997, pp. 215 y ss., y pp. 199 y ss., respectivamente.

Como siempre, se ha demostrado experimentalmente que esto es así. Sucede, por ejemplo, que los sujetos tienden a pensar que todo saldrá como lo han planificado y, por ello, en general las personas valoran sus proyectos como exitosos¹²⁹, o piensan siempre que podrán acabar un trabajo en un tiempo determinado previamente¹³⁰. No es que ello no sea así, pero puede no ser así y normalmente se desprecia esa posibilidad. Trasladando la anterior reflexión al razonamiento probatorio, sucede que en procesos breves sobre todo, el juez puede dejarse impresionar con una primera declaración y hacer un juicio precipitado sobre cuál es la versión de los hechos. A partir de ahí es posible que pase por alto otras pruebas que podrían llevarle a considerar lo contrario, bien sea por un ansia de garantizar su objetividad no dejándose influir por lo que dicen las partes que, obviamente, como la propia palabra indica, es parcial, o bien porque, evidentemente, resulta más difícil modificar el propio juicio sobre los hechos construyendo otra versión, que ir reinterpretando los diversos indicios de manera que se vaya confirmando la versión inicial.

Existen otros heurísticos descritos por la doctrina, siguiendo el ejemplo de KAHNEMAN y TVERSKY, como el de la *utilidad subjetiva esperada*, o el de la necesidad de justificación de la decisión¹³¹, pero son muy discutidos por la doctrina. Consiste el primero en la explicación de la actitud de los seres humanos ante una decisión arriesgada. Según dicho heurístico, los humanos prefieren adoptar una decisión arriesgada si el resultado final está asegurado, antes que una decisión que no genera riesgo pero no asegura el resultado final. Pero a la descripción de este heurístico se le ha criticado, con justicia, que la bondad del resultado final depende de la perspectiva de cada sujeto, lo que hace que confirmar experimentalmente este heurístico sea muy complicado. Además, su relevancia probatoria es escasa salvo en la fase de admisión de la prueba, en la que sí se ejecuta una decisión arriesgada que condiciona el resultado final. Pero la presencia de este heurístico está muy condicionada por diversos sesgos que hacen muy difícil hablar de su incidencia de manera generalizada¹³².

En cuanto al heurístico de la *necesidad de justificación de la decisión*¹³³, el mismo explica cómo ante la necesidad de motivar públicamente una decisión, el sujeto que la toma suele decidir aquello que le parece más defendible socialmente. La experiencia enseña que, ciertamente, ello es así, aunque la explicación de ello es posible que sea más sociológica que psicológica, como veremos después. De todos modos, experimentalmente puede demostrarse que las sentencias bien motivadas suelen contener una mejor y más acertada valoración de la prueba. Pero no es seguro que ello responda a este heurístico, sino al hecho de que, motivando, un juez tiene una superior posibilidad

¹²⁹ Es algo similar al sesgo que se ha descrito como principio de Pollyanna, consistente, fundamentalmente, en una sobrevaloración de las oportunidades de éxito. Vid. ARTIETA PINEDO y GONZÁLEZ LABRA, *La toma de decisiones*, cit., p. 372.

¹³⁰ TVERSKY y KAHNEMAN, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, cit., p. 16.

¹³¹ Vid. ARTIETA PINEDO y GONZÁLEZ LABRA, *La toma de decisiones*, cit., pp. 383 y ss.

¹³² Vid. J. NIEVA FENOLL, *Enjuiciamiento prima facie*, Barcelona, 2007, pp. 172 y ss.

¹³³ ARTIETA PINEDO y GONZÁLEZ LABRA, *La toma de decisiones*, cit., p. 398.

de reflexión sobre lo que ha decidido. Muy relacionado con este heurístico está el sesgo de la *presión social*¹³⁴, que hará que un juez tome decisiones arriesgadas pero queridas por el público, minimizando los peligros de la decisión.

Todos estos heurísticos provocan errores que, cuando son generales, han sido recopilados en los llamados «sesgos de información», y muchos de ellos ya han sido descritos, aunque es preciso referirlos en este momento para una mejor comprensión.

De este modo, es obvio que principalmente el heurístico del anclaje y ajuste, provoca tres sesgos: el primero es conocido como *exceso de confianza en el juicio emitido*, que impide percibir que un juicio propio no ha sido correcto¹³⁵, lo que se explica en función de la necesidad de adaptación del ser humano a las circunstancias¹³⁶. El segundo es el *sesgo egocéntrico*¹³⁷, que es el que lleva a los sujetos a pensar que todo el mundo piensa o pensaría como ellos, lo que les conduce a defender su opinión a ultranza. Y por último está el sesgo llamado *perseverancia en la creencia y sesgo de confirmación*¹³⁸, que se produce cuando alguien está tan convencido de un conocimiento, que aunque *a posteriori* quede absolutamente desacreditado, tiende a continuar creyendo, pese a ello, en ese conocimiento previo¹³⁹.

Otros sesgos interesantes son el *sesgo de a posteriori*¹⁴⁰, que es el que padece un sujeto cuando afirma que siempre creyó que el resultado de una situación compleja era la que finalmente fue, pero una vez ya conocido el re-

¹³⁴ GARNHAM y OAKHILL, *Manual de psicología del pensamiento*, cit., p. 287.

¹³⁵ ARTIETA PINEDO y GONZÁLEZ LABRA, *La toma de decisiones*, cit., p. 372. GARNHAM y OAKHILL, *Manual de psicología del pensamiento*, cit., p. 285. D. GRIFFIN y A. TVERSKY, «The Weighing of Evidence and the Determinants of Confidence», *Cognitive Psychology*, 1992, 24, pp. 411 y ss. B. FISCHHOFF, P. SLOVIC y S. LICHTENSTEIN, «Knowing with certainty: the appropriateness of extreme confidence», *Journal of experimental psychology: Human perception and Performance*, 20, pp. 552 y ss. Vid. también sobre este sesgo, poniendo en cuestión su auténtica incidencia, G. GIGERENZER, U. HOFFRAGE y H. KLEINBÖLTING, «Probabilistic Mental Models: A Brunswikian Theory of Confidence», *Psychological Review*, 1991, 98, 4, pp. 506 y ss.

¹³⁶ Como explican GRIFFIN y TVERSKY, *The Weighing of Evidence and the Determinants of Confidence*, cit., p. 432, el ser humano necesita ser optimista y sentirse bien para tomar decisiones que, de otro modo, nunca habría adoptado. Eso le lleva a un exceso de confianza que le impide ver, por ejemplo, que las posibilidades estadísticas de éxito son pobres en un caso concreto. Pero además, este sesgo se concreta en una predicción interesante a efectos probatorios (*op. cit.*, pp. 411 y ss.). El exceso de confianza aumenta cuanto mayor es la fuerza probatoria de un argumento, aunque su verosimilitud sea baja. Y al contrario, inspira desconfianza una inferencia muy verosímil pero sustentada por una prueba débil.

¹³⁷ ARTIETA PINEDO y GONZÁLEZ LABRA, *La toma de decisiones*, cit., p. 344.

¹³⁸ D. G. MYERS, *Intuición. El poder y el peligro del sexto sentido*, trad. de G. SOLANA de *Intuition: its power and perils*, New Haven y London, 2002, Barcelona, 2003, p. 175.

¹³⁹ Un ejemplo nos lo aporta J. CERCAS, en su obra *Anatomía de un instante*, Barcelona, 2009, en la que en sus primeras páginas desvela algo que ha sorprendido a muchísimos lectores que se resisten a modificar su creencia y asumir la constancia histórica. Multitud de ciudadanos afirman haber presenciado en directo en televisión el asalto al Congreso de los Diputados de España acaecido el 23 de febrero de 1981. Pues bien, la realidad es que las imágenes de ese asalto no fueron reproducidas hasta el día siguiente, como está sobradamente acreditado.

¹⁴⁰ Vid. GARNHAM y OAKHILL, *Manual de psicología del pensamiento*, p. 180. ARTIETA PINEDO y GONZÁLEZ LABRA, *La toma de decisiones*, cit., p. 372.

sultado. Ello le impide analizar con precisión las causas de ese resultado¹⁴¹, lo que es nefasto a efectos probatorios. O el sesgo «tiene sentido»¹⁴², que se produce cuando el sujeto considera correcta una solución si se adecua a sus creencias previas sobre la misma.

Todos esos sesgos pueden venir derivados de los diferentes heurísticos, porque en el fondo los mismos no son más que simplificaciones de la realidad, que aunque nos son muy útiles, también nos conducen a error. Esa natural inclinación ha sido resumida en un sesgo denominado *minimización de la carga cognitiva*¹⁴³, a través de la cual un sujeto tiende a rechazar argumentos conflictivos a favor de los que son más sencillos¹⁴⁴.

Llegados a este punto, puede decirse que, en el fondo, de lo que se trata con los heurísticos —pese a los sesgos que provocan— es que el juez compatibilice su acervo de conocimientos y experiencias con la realidad que observa. Pero eso no siempre es fácil y, en realidad, no existe procedimiento alguno para hacerlo hasta el último resquicio¹⁴⁵. En materia probatoria se ha tratado a través de los siglos de establecer procedimientos que le dieran al juez tiempo suficiente para reflexionar, observando las afirmaciones y las refutaciones de las partes. Y ello se llevó hasta el extremo en el procedimiento medieval, periodo histórico en el que los procesos se hicieron eternos¹⁴⁶. Actualmente la fase probatoria se ha simplificado muchísimo, pero no obstante sigue tratándose de que el juez disponga de ese tiempo de reflexión y contraste, precisamente para evitar que la incidencia de los heurísticos provoque sesgos. No se pensó así en un origen ni en las últimas reformas, desde luego. Pero en el fondo, todas las oportunidades de contradicción en el proceso están enfocadas a ese objetivo: a obtener la debida reflexión del juez, que es quien tiene que decidir quién gana y quién pierde.

Por tanto, como se empezó diciendo, el enfoque de los heurísticos explica algo más que la teoría de los modelos mentales. Da razones concretas de por qué los jueces han considerado que una determinada situación es el *id quod plerumque accidit*. Es decir, explica las razones de por qué un juez le concede un grado de confirmación mayor o menor a una hipótesis¹⁴⁷. Hemos descubierto que en la mayoría de las ocasiones, esa determinación que se explicaba a través de la «imaginación», la «experiencia» o la «intuición», tiene detrás, en realidad, una simplificación construida a través de los recuerdos, y estudiada y concretada por los psicólogos a través de los heurísticos.

¹⁴¹ B. FISCHHOFF, «Hindsight = Foresight: The Effect of Outcome Knowledge on Judgment under Uncertainty», *Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance*, 1975, 1, 3, pp. 288 y ss.

¹⁴² GARNHAM y OAKHILL, *Manual de psicología del pensamiento*, cit., p. 288. EINHORN y HOGARTH, *Judging probable cause*, cit., p. 5.

¹⁴³ GARNHAM y OAKHILL, *Manual de psicología del pensamiento*, cit., p. 288.

¹⁴⁴ Una información resumida sobre heurísticos y sesgos puede obtenerse en S. J. SHERMAN y E. CORTY, «Cognitive Heuristics», en: WYER y SRULL (eds.), *Handbook of Social Cognition*, vol. 1. Hillsdale, NJ: Lawrence Erlbaum Associates, 1985, pp. 189 y ss.

¹⁴⁵ TVERSKY y KAHNEMAN, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, cit., p. 20.

¹⁴⁶ Vid. J. NIEVA FENOLL, «El proceso jurisdiccional catalán entre 1714 y 1835. Breve reseña histórica», *Justicia*, 2005, pp. 45 y ss.

¹⁴⁷ KAHNEMAN y TVERSKY, *Variants of uncertainty*, cit., pp. 154 y ss.

En mi opinión, y pese a que, como ocurre muchas veces en psicología, el resultado final de la investigación parezca obvio¹⁴⁸, en materia judicial la trascendencia de que los psicólogos hayan llegado hasta ese punto es muy grande, no porque podamos prever siempre cuál va a ser el razonamiento probatorio de cada juez, pero sí que le podemos conferir, finalmente, una consciencia de por qué valora una prueba con uno u otro resultado, lo que había pertenecido siempre al terreno de lo desconocido, o al menos de lo tenebroso, salvo cuando se conseguía explicar, al menos en parte, silogísticamente. Y por añadidura, observando la motivación de una sentencia y teniendo además en cuenta cuáles son las creencias más difundidas entre la población —a la que también pertenece el juez—, es posible criticar el razonamiento probatorio *a posteriori*, en un recurso, si la incidencia del heurístico provocó un sesgo. Y esa es una gran ventaja de utilizar esta teoría al ámbito probatorio. Aplicada al análisis económico, siempre se le critica que permite explicar los sucesos *a posteriori*, pero es muy dificultoso establecer sobre sus bases predicciones, aunque esa opinión la verdad es que muchas veces no se ajusta a la realidad, pero esa es otra cuestión en la que no me corresponde en absoluto entrar. En materia probatoria no importa que tengamos que esperar a ese análisis *a posteriori*, porque disponemos de los recursos, y en su interposición es en el momento en que ese análisis va a ser especialmente útil.

C) Utilidad de los enfoques psicológicos

Si la principal virtud de los enfoques epistemológicos era ayudar al juez a motivar ordenada y lógicamente el juicio sobre la prueba, pero dejaban pendiente la cuestión del grado de confirmación que sólo a duras penas lograban justificar, con el enfoque psicológico dicho grado de confirmación es calculable y, sobre todo, controlable a través de los recursos.

Desde luego, no es computable matemáticamente, porque matemático sólo es un análisis estadístico, y a continuación veremos cuál es su utilidad real en materia probatoria. Pero sí que es calculable *grosso modo*, que no es poco, y además dando razones de ese cálculo, que es justamente lo que nos faltaba con el enfoque epistemológico. A través de la teoría de los modelos mentales podemos conseguir esa cuantificación. Sólo es necesario pensar en hipótesis alternativas, como vimos, y no creer en la primera que surja.

Pero hay ocasiones en que existe más de una hipótesis creíble. Y el juez se sitúa ante la disyuntiva de tener que decidir si escoge una u otra. Vemos que elige una, y normalmente motiva que la versión elegida es lógica. Pero acostumbra a no rebatir la hipótesis contraria que igualmente aparecía como válida. En esa elección juegan un papel decisivo los heurísticos, y aunque el juez, en la motivación, no explique cuál de ellos ha escogido, por el tono de sus explicaciones y conociendo el contexto en el que ha dictado su decisión y, sobre todo, habiendo seguido toda la trayectoria de la prueba, puede ser

¹⁴⁸ Lo que se explica, por cierto, a través de la incidencia del sesgo *a posteriori*.

relativamente sencillo saber qué heurístico utilizó, si fue el caso, y también, si ha sucedido, de qué sesgos padeció su juicio.

Todo ello no es sólo que nos haya acercado muchísimo a las esencias del *id quod plerumque accidit* tal y como lo concibe un ser humano: el juez. Es que además nos permite criticar su concepción porque podemos conocer los antecedentes de su toma de decisión. Aunque lo veremos más adelante, avancemos aquí que aunque sólo leamos la motivación, podremos comprobar si el juez se planteó varios modelos mentales o tuvo en cuenta solamente el primero que observó, lo que nos llevará a la conclusión de que utilizó indebidamente el heurístico del anclaje y ajuste para defender a ultranza un modelo mental. Y es que la teoría de los heurísticos en absoluto es incompatible con la de los modelos mentales. Algunas de sus explicaciones son incluso coincidentes¹⁴⁹, y por ello no tiene nada de extraño que se utilicen los dos enfoques a la vez.

Si además observamos el *iter* probatorio seguido en la práctica de los medios de prueba, podremos ver si hubo algún indicio que, descubierto a destiempo, llevó al juez a un modelo mental erróneo, o bien si utilizó indebidamente la accesibilidad, en el modo que ya quedó explicado. Todo ello nos va a permitir criticar, realmente, todo el razonamiento probatorio acudiendo a ese enfoque psicológico allí donde no llegue el epistemológico. Porque aprovecho para advertir de que ambos enfoques, a diferencia de lo que suele creerse, no son incompatibles. No es el uno o el otro. Desde luego, es posible que hayan sido los mismos filósofos y los psicólogos los que han podido conducir a esa imagen de las cosas, sobre todo teniendo en cuenta que el enfoque psicológico trata de solventar los problemas del enfoque epistemológico. Pero para la ciencia jurídica, al menos en materia probatoria, ambos enfoques son útiles. El epistemológico para ordenar debidamente la reflexión. El psicológico para descubrir el grado de corroboración de las hipótesis y para determinar las razones subjetivas del juez en la elección de las hipótesis, allí donde no llega la estricta racionalidad.

Y creo que ello no es precisamente poco, porque supone un avance sustancial en el aspecto probatorio del juicio jurisdiccional, que permite formularlo correctamente y controlarlo *a posteriori* con unas bases más seguras de lo que jamás pudo llegar a imaginar ningún jurista. Lo veremos más adelante.

4. EL ENFOQUE PROBABILÍSTICO MATEMÁTICO

Este enfoque es el que se deduce, como indica el propio título, de la aritmética. Por ello ha sido referido en ocasiones como «probabilidad pascaliana», porque lo cierto es que sus resultados dependen finalmente de fórmulas, teoremas y estadísticas. Y es que no pocos autores han imaginado que el juicio probatorio podía resolverse, al menos en parte, de modo ma-

¹⁴⁹ Vid. P. N. JOHNSON-LAIRD, *Mental Models*, cit., p. 190.

temático¹⁵⁰. Y aunque de entrada esa conclusión parezca increíble, hay que considerarla, no sólo porque haya sido objeto de estudio, sino porque algunas veces las matemáticas realmente funcionan en materia probatoria.

La matemática, en el fondo, no es más que un método que permite la simplificación de los cálculos. Y como todo método, puede quedarse en la pura teoría realizando predicciones que no puedan ser contrastadas, simplemente porque evoquen realidades que no existen. En Física saben bien qué consecuencias tiene ello, cuando por ejemplo llevan años prediciendo la existencia de agujeros negros, o del bosón de Higgs, dado que la existencia de los primeros aún no está del todo confirmada, y la existencia del bosón no ha sido demostrada experimentalmente, todavía. En materia probatoria esas predicciones, normalmente, no son posibles. Pero en algunos casos pueden reportar alguna utilidad. Aunque tampoco consiste, ni mucho menos, en entregarse a los brazos de las estadísticas ni de las matemáticas, como habría de suceder si el trabajo de un juez pudiera ser sustituido por un ordenador. Un juicio jurisdiccional no es una partida de ajedrez, y pese a que la informática pueda ayudar al juez, desde luego no puede sustituirle.

La mayoría de autores tratan de este enfoque junto con el epistemológico, al tratar sobre la probabilidad como concepto. Pero por su singularidad he preferido dedicarle un epígrafe aparte dado que, una vez expuesto, este enfoque puede complementar mejor a los anteriores, llegado el caso, como sucede en psicología, ciencia en la cual la estadística es una pieza verdaderamente fundamental, sobre todo en la comprobación experimental de las hipótesis¹⁵¹. Además, aunque las conclusiones estadísticas es posible que habitualmente no sean válidas en la formulación del razonamiento probatorio, no por ello pierden toda su utilidad, que intentaré detallar de la manera más elemental y esclarecedora posible en las próximas líneas.

A) El teorema de Bayes

Aunque existen, ciertamente, otras fórmulas matemáticas que aproximan a las conclusiones probatorias, la estrella parece haber sido el teorema de Bayes¹⁵², por lo que lo explicaré en primer lugar¹⁵³.

Comencemos por decir que el teorema no constituye ninguna novedad, dado que data de 1763, lo cual, todo hay que decirlo, en absoluto pone en cuestión su validez. Tiene una gran utilidad, puesto que a través de él se están realizando actualmente cálculos estadísticos que dependen de variables eminentemente subjetivas, algunos tan familiares como el filtrado de correo electrónico basura.

¹⁵⁰ Vid. H. J. KOCH y H. RÜSSMANN, *Juristische Begründungslehre*, München, 1982, pp. 287 y ss.

¹⁵¹ Vid. W. EDWARDS, H. LINDMAN y L. J. SAVAGE, «Bayesian Statistical Inference for Psychological Research», *Psychological Review*, 1963, 70, pp. 193 y ss.

¹⁵² Hasta el punto de que, como dice irónicamente TARUFFO, *La prueba*, cit., p. 195, defenderlo parece significar estar *up-to-date*.

¹⁵³ Sobre el mismo M. O. FINKELSTEIN, *Basic concepts of probability and statistics in the Law*, New York, 2009, pp. 11 y ss.

Sea como fuere, la utilización del teorema en el ámbito judicial ha sido propuesta, sobre todo, en los EEUU¹⁵⁴. Por otra parte se han acuñado términos como, por ejemplo, «inferencia bayesiana», a raíz de la fórmula original.

Para explicar este teorema a un jurista de forma que lo recuerde con claridad y hasta pueda utilizarlo, creo que lo más correcto es exponerlo en su versión más simplista, y acompañarlo de un ejemplo, para finalmente exponer la fórmula.

Supongamos que en la mesa de un restaurante hay cuatro comensales: Caín, Carlos, Sara y Ana. Deseamos saber si Caín robó la cámara fotográfica de Carlos, cuando éste segundo la dejó un momento encima de la mesa del restaurante en el que estaba comiendo con los otros tres mientras se ausentaba para ir al lavabo. En ese espacio de tiempo, el resto de comensales se quedaron observando un espectáculo desde la misma mesa del restaurante. En ese ínterin, las dos mujeres se pusieron de espaldas a la mesa y Caín permaneció de frente a la misma. Lógicamente, con estos datos es imposible saber quién robó la cámara, pero sí que podemos calcular teóricamente la probabilidad de que haya sido el que, a primera vista, parece ser el principal sospechoso: Caín.

Para conseguirlo, necesitamos contar al menos con un indicio. El indicio sería que aparentemente nadie se acercó a la mesa en ese ínterin, porque, como dije, estaba teniendo lugar un espectáculo en el local que hacía que Sara y Ana estuvieran sentadas de espaldas a la mesa, de manera que Caín fue el único que se quedó de frente a la misma, porque de esa forma también podía ver el espectáculo. Y Caín no acusó absolutamente a nadie de haberse llevado la cámara, sino que se limitó a decir que alguien pudo haber pasado por al lado mientras él observaba distraído el espectáculo.

El teorema de Bayes, en su versión más simplista (aunque lo cierto es que se ofrecen diferentes versiones de la fórmula), nos dice que la probabilidad (P) de la hipótesis (H) de que fuera Caín, teniendo en cuenta el indicio (I) de

¹⁵⁴ M. O. FINKELSTEIN y W. B. FAIRLEY, «A Bayesian Approach to identification evidence», *Harvard Law Review*, vol. 83, 1970, pp. 489 y ss. El caso *People v. Collins*, que les sirvió de pretexto, merece la pena que sea recordado, aunque en el mismo no se utilizó el teorema de Bayes: una anciana fue atracada en Los Ángeles por la espalda. La anciana vio a una mujer rubia huir de la escena del delito. Otro testigo dijo ver escapar a una mujer castaña con una cola de caballo, y meterse en un coche amarillo conducido por un afroamericano con bigote y barba. La policía detuvo días más tarde a una pareja en la que concurrían todas estas características. En el proceso, un experto en estadística estableció que, valorando la posibilidad de ocurrencia de cada indicio por separado, había una probabilidad entre 12 millones de que esa pareja, con todas esas inusuales características, no fuera la autora del robo. El jurado emitió veredicto de culpabilidad, pero el Tribunal Supremo de California anuló la condena al entender que los hechos nunca debieron haberse declarado probados basándose en el dictamen estadístico. La prueba de los indicios, por añadidura, era insuficiente, y además se valoraron estadísticamente los indicios de forma independiente, combinándose después, lo que impidió al jurado darse cuenta de que parejas con esas características debía de haber decenas en Los Ángeles (*op. cit.*, p. 482). Lo curioso de este caso no fue tanto el resultado del proceso sino, como dicen los autores citados (*op. cit.*, p. 489), que un tribunal tomó en consideración la prueba estadística para declarar los hechos probados. Puede hallarse algún dato adicional de este caso en A. BEST, *Evidence*, Boston, 1994, p. 14.

que nadie vio que ninguna persona se acercara a la mesa, es igual a la posibilidad de que Caín haya robado (sin tener en cuenta ese indicio I), multiplicada por la posibilidad de que nadie se acercara a la mesa suponiendo que haya robado, dividido por la posibilidad de que Caín haya robado sin que nadie se haya acercado a la mesa, multiplicado por la posibilidad de que alguien se hubiera acercado a la mesa suponiendo que Caín haya robado, sumado a la posibilidad de que Caín no haya robado (sin que nadie se haya acercado a la mesa) y multiplicado por la posibilidad de que nadie se haya acercado a la mesa suponiendo que Caín no haya robado.

Todo este galimatías tiene un sentido. Se trata de contrastar la posibilidad de que la hipótesis sea cierta con la posibilidad de que el indicio exista, combinando ambos acontecimientos para averiguar, finalmente, la probabilidad matemática de que se hayan producido juntos la hipótesis y el indicio¹⁵⁵. Es decir, es exactamente lo mismo que cualquier juez pensaría intuitivamente, dado que trataría de averiguar justamente eso: «si nadie se acercó a la mesa, ¿es verosímil que el comensal que estaba sentado de frente robara la cámara?». Pero resulta que existe un teorema para determinar la probabilidad aritmética de que dichos acontecimientos se hayan producido de manera conjunta. El teorema se expresa en la siguiente fórmula:

$$P(I/H) = \frac{P(H) P(I/H)}{P(H) P(I/H) + P(\text{no}H) P(I/\text{no}H)}$$

Por supuesto, incluso aceptando que la culpabilidad de Caín pueda determinarse matemáticamente, el principal problema con el teorema de Bayes es que no tenemos ni la más remota idea de la probabilidad de que Caín haya robado¹⁵⁶, es decir, de eso que la doctrina llama *prior probabilities*¹⁵⁷. Podemos saber la concurrencia del indicio I, puesto que en una escala del 0 al 1, es prácticamente seguro que nadie se acercó a la mesa, puesto que Caín estaba sentado de frente a la misma y no ha acusado a nadie de haberse acercado. Por tanto, su valor es 0,9. Podemos incluso saber la posibilidad aproximada de que Caín consiguiera robar habiéndose aproximado alguien, que es casi despreciable porque Caín no acusa a nadie, y por ello la podemos situar en el 0,1. Pero nos falta el valor de H, y por supuesto el de «no H», es decir, la hipótesis de que Caín no haya robado, aunque este segundo valor puede deducirse del primero. Si conseguimos determinar ese primer valor de H, lógicamente.

Para solucionar ese problema, la aplicación del teorema de Bayes se diversifica en dos variantes para conseguir calcular la probabilidad de H. De ese modo, se dice que P(H) puede ser calculada de forma objetiva o subjetiva. De manera objetiva se calcula cuando esa probabilidad se ha determina-

¹⁵⁵ Léida con calma, una buena explicación cabe hallarla en FINKELSTEIN y FAIRLEY, «A Bayesian Approach», cit., pp. 498-499.

¹⁵⁶ Vid. TARUFFO, *La prueba*, cit., pp. 200-201.

¹⁵⁷ FINKELSTEIN y FAIRLEY, «A Bayesian Approach», cit., p. 500.

do previamente de forma estadística, como sucede con los tests de ADN. Y en este caso el teorema funciona, al menos, con bastante precisión, aunque también quepa discutir sus resultados, más allá del cálculo matemático de probabilidades. Pero en materia judicial no suele ser el caso de encontrarnos con un cálculo bastante objetivo, salvo el citado del ácido desoxirribonucleico, y alguno más.

Por eso se propone que P(H) se calcule de forma subjetiva. Es decir, que el juez introduzca, también del 0 al 1, la probabilidad que subjetiva y libremente considera¹⁵⁸, tras la apreciación de toda la prueba, de que Caín sea un ladrón, siempre que no sea posible fundarla en un dato estadístico¹⁵⁹. De ese modo, supongamos que el juez le asigna en un primer hipotético caso a Caín un 0,8. Y supongamos, en segundo lugar, que otro juez más indulgente asigna a esa hipótesis en otro proceso distinto con análogos hechos, un valor de 0,2. De esa forma se puede calcular en cada proceso la posibilidad contraria a H otorgando a esa hipótesis negativa el porcentaje restante, es decir, respectivamente un 0,2 y un 0,8. Y, para hacerlo más sencillo, supongamos que el valor del indicio, siendo tan claro, permanece constante, como es el caso, puesto que es muy poco probable que alguien se acercara a la mesa sin ser visto por Caín. Recordemos que a ese indicio le hemos asignado, en consecuencia, un valor de 0,9. Aplicando la fórmula a estos valores resultaría:

— Primer caso:

$$\frac{(0,8) (0,9)}{(0,8) (0,9) + (0,2) (0,1)} = 0,97$$

— Segundo caso:

$$\frac{(0,2) (0,9)}{(0,2) (0,9) + (0,8) (0,1)} = 0,69$$

El anterior es un ejemplo no tan burdo, y el resultado se ajusta a la realidad, y corrige la apreciación subjetiva del juez. Tanto en el primer como en el segundo caso, la consideración de que Caín sea un ladrón es de una tre-

¹⁵⁸ Como explican FINKELSTEIN y FAIRLEY, «A Bayesian Approach», cit., p. 502: «...each juror could then pick the prior estimate that most closely matched his own view of the evidence». Y en op. cit., p. 505: «Moreover, in practice, differences among jurors who use Bayesian analysis will depend more on whether or not they believe the evidence establishing a subjective probability of guilt than on differences in the strength of their suspicions. If this evidence is disbelieved, the probability of defendant's guilt will be no stronger than that implied by defendant's belonging to the group of persons who have the trait in question, the size of that group being determined by statistical evidence. On the other hand, if evidence is believed, both the prior suspicion and the statistical evidence will usually be strong enough so that, as Table I demonstrates, variations in the posterior probabilities will be small relative to variations in the strength of the suspicion». Este es justamente el punto atacado por L. H. TRIBE, «Trial by mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process», *Harvard Law Review*, vol. 84, 1971, p. 1358, quien ve enormes dificultades en que un jurado consiga cuantificar su apreciación.

¹⁵⁹ Que, naturalmente, se utilizaría. FINKELSTEIN y FAIRLEY, «A Bayesian Approach», cit., p. 500.

menda subjetividad, que curiosamente aparece corregida por la fórmula ¹⁶⁰, puesto que en ambos casos la posibilidad de que Caín fuera culpable es muy alta, lo que se confirma con los escasísimos indicios disponibles que pudieran descartar su autoría. Y ello se compagina bastante bien con el *id quod plerumque accidit*, porque si Caín esta presente, de cara a la mesa, donde estaba la cámara, y no puede afirmar haber visto a nadie llevarse la cámara, todo conduce a pensar que el que se la llevó fue él, salvo que estuviera tremendamente distraído con el espectáculo.

La fórmula, en realidad, parece que trata de reducir a cifras el grado de confirmación de una hipótesis que normalmente cualquier juez realiza a través de la intuición. Y es completamente cierto que aunque en ambos casos lo más probable es que exista una condena, cualquier juez quedará más convencido de su sentencia si Caín tiene apariencia de ladrón que si no la tiene, lo cual viene reflejado en la fórmula transcrita. Y además, si hiciéramos que un juez valorara del 1 al 10 la posibilidad de que Caín sea culpable, en el primer caso cualquier juez le concedería casi un 10, y en el segundo, no teniendo Caín apariencia de ladrón, el juez expresaría su extrañeza concediendo una posibilidad de acierto de su juicio en torno al 7, y no inferior, al no poder luchar contra el hecho tangible de que si Caín estaba frente a la mesa, si alguien se llevó la cámara, Caín tuvo que verlo. Es decir, se confirman realmente los resultados que surgen aplicando la fórmula.

Por tanto, estamos ante otro modo de calcular el grado de confirmación de una hipótesis, esta vez aritmético. Y la verdad es que en ejemplos simples como el propuesto, lo cierto es que aparentemente funciona a las mil maravillas, porque parece racionalizar la intuición judicial, que es de lo que se está tratando desde un principio con todo lo que llevamos visto hasta el momento. Es por ello por lo que no pocos autores se han dejado deslumbrar por el teorema de Bayes, y hasta se ha llegado a utilizar en algunos procesos en la práctica, pero con resultados muy desiguales y siempre sometido a una constante crítica.

Se ha atacado el uso judicial del teorema de Bayes desde el punto de vista de que cualquier proceso judicial es mucho más complicado que lo que acabamos de exponer ¹⁶¹. Pero lo que subyace en el fondo de todas las críticas es una cierta alergia ¹⁶² de los juristas por las matemáticas ¹⁶³. Si

¹⁶⁰ Éste es el mayor mérito que M. O. FINKELSTEIN y W. B. FAIRLEY, «A comment on "Trial by Mathematics"», *Harvard Law Review*, vol. 84, 1971, pp. 1802-1803, conceden al teorema. La corrección de la subjetividad de los jurados, que no acaba influyendo de forma tan relevante en el resultado final.

¹⁶¹ L. H. TRIBE, «Trial by mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process», *Harvard Law Review*, vol. 84, 1971, pp. 1329 y ss. Vid. también L. H. TRIBE, «A further critique of mathematical Proof», *Harvard Law Review*, vol. 84, 1971, pp. 1810 y ss. Vid. también TARUFFO, *La prueba*, cit., pp. 198-199.

¹⁶² Léanse si no las palabras de EGGLESTON, *Evidence, Proof and Probability*, p. XIII, en el prefacio de su libro: «*mathematical symbols and equations, which make much of what is written about probability theory distasteful, if not actually repellent, to lawyers, should be avoided*». Vid. también *op. cit.*, p. 146.

¹⁶³ Vid. GASCÓN ABELLAN, *Los hechos*, cit., p. 167.

se hubiera explicado en qué basó Bayes esa fórmula, es decir, de qué fenómenos naturales o teóricos le vino esa inspiración, sin duda su aceptación habría sido muy superior porque al menos seríamos capaces de entender su esencia. Pero ello no ha sido así, y por ello he intentado explicar antes que la fórmula está basada en combinar las probabilidades matemáticas de que dos acontecimientos se produzcan conjuntamente, porque eso es algo que casi todos aprendimos en el colegio a poco que hagamos un poco de memoria, y por ello nos resulta más familiar. Los juristas estamos, en general, imbuidos de que en matemáticas únicamente existen esquemas pitagóricos, que podamos comprobar prácticamente sólo con regla y cartabón. Desde luego, es fácil comprobar que en cualquier triángulo, el cuadrado de la hipotenusa es igual a la suma de los cuadrados de los catetos. Basta coger una regla y multiplicar los resultados por sí mismos. También solemos dejarnos fascinar por mediciones perfeccionistas, como las del hombre de Vitruvio, o incluso por series enigmáticas, como la de Fibonacci. Pero las fórmulas matemáticas solemos rechazarlas siempre, en el fondo, con el mismo argumento: que no son capaces de recoger la variedad de matices que tiene un juicio.

En honor a la verdad, entiendo que las matemáticas podrían ser mucho más útiles si los juristas poseyéramos más formación en ese campo. Desde luego que un método de cálculo no puede sustituir el contacto personal con un caso concreto, pero sí que puede hacerlo más racional ¹⁶⁴, igual que ha sucedido en otros campos de la vida, como la selección de personal en las empresas, antes dependiente de una intuitiva entrevista personal, y que ahora se basa con frecuencia en una serie de tests hechos por expertos que han confirmado en muchos casos la adecuación de sus resultados y que, por ello, no pueden ser sistemáticamente despreciados. Creo que no se trata de sustituir el juicio jurisdiccional por un cálculo matemático, como se teme, sino de que se tenga en cuenta que la matemática puede ayudar más de lo que se cree, sobre todo en los casos en que existe una insuficiencia muy grande de vestigios, y en los que no queda otro remedio que acudir a las reglas de carga de la prueba ¹⁶⁵. Pero ésa ya es otra cuestión sobre la que trataré de centrarme después.

Volviendo al teorema de Bayes, entiendo que la crítica más importante que debería hacerse, y quizás la única y que resume buena parte de las demás, y que habría de descartar por completo su uso en el ámbito judicial, es que es un teorema de probabilidad. Y la probabilidad es, por definición, una teoría matemática que regula los fenómenos aleatorios.

¹⁶⁴ Esa era la conclusión final de FINKELSTEIN y FAIRLEY, «A Bayesian Approach», cit., p. 517, es decir, que los jurados, teniendo en cuenta que su valoración tenía que ser cuantificada, realizarían esa labor de forma más precisa. Pero al mismo tiempo advertían de que los jurados no debían sobrestimar las posibilidades de una estadística, adaptando su convicción a los resultados. También en M. FINKELSTEIN y FAIRLEY, «A comment on "Trial by Mathematics"», cit., p. 1802.

¹⁶⁵ Precisamente para evitar tener que acudir a dicha institución buscando algún otro indicio que no sea el comportamiento probatorio de las partes. Con ello quizás se harían realidad, al menos parcialmente, las predicciones en este sentido de MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria*, cit., p. 46, que apuntaba en esta dirección de que la prueba de indicios podía hacer desaparecer el mito del *onus probandi*.

Pues bien, un juicio jurisdiccional *no es un fenómeno aleatorio*. Aleatorio es aquel supuesto en el que es posible conocer todos los posibles resultados, pero es imposible predecir cuál de esos resultados surgirá en ese supuesto concreto. Y el juicio jurisdiccional no es aleatorio, sino francamente imprevisible aunque se conozcan todas las variables en juego, cuando se conocen, porque no se puede determinar prácticamente nunca con exhaustividad cuál va a ser el resultado final. No depende de la fuerza con la que se active una ruleta, ni mucho menos de unos dados, ni siquiera de los imaginados por RABELAIS¹⁶⁶. Depende de una serie de datos que la mente de un ser humano tomará en consideración de la forma que vimos anteriormente. Pero la clave está en que, normalmente, no se conocen todos los datos, pero es que aunque se conocieran, el resultado del juicio continuaría siendo impredecible, al menos en el ámbito probatorio, porque depende, insisto, de una mente humana, que no siempre sigue una misma racionalidad. Casi todo es inseguro al hablar de prueba, puesto que dependemos en muchas ocasiones de la «credibilidad» de un medio de prueba, como veremos más adelante, y ello distorsiona cualquier cálculo cerrado de expectativas que intente realizarse.

En cambio, en la teoría matemática de la probabilidad, los datos previos suelen ser conocidos, y lo que es siempre impredecible es el resultado final, pero se sabe cuáles son los posibles resultados. En materia probatoria sucede lo contrario, porque nunca se conocen hasta las últimas consecuencias los posibles resultados del juicio. Es por ello por lo que el teorema de Bayes no hubiera debido ser aplicado nunca al ámbito judicial, ya que no estamos ante un suceso aleatorio. Es posible que, en ocasiones, ante las resoluciones ciertamente sorprendentes que por desgracia acaecen (sobre todo de ciertos jurados), haya podido parecer, desde fuera, que los fallos son aleatorios. Pero ciertamente no lo son. Siempre son explicables *a posteriori*, pero es prácticamente imposible determinar *a priori* los posibles resultados de un proceso. Por eso, con frecuencia, se llega a transacciones que evitan que el proceso se celebre. Pero eso no quiere decir que el proceso sea una lotería, como se escucha con frecuencia, sino que depende de factores humanos que es imposible determinar exhaustivamente con carácter previo¹⁶⁷.

Por ello, el uso del teorema de Bayes tiene un ámbito necesariamente limitado. Puede servir para que un juez valore qué grado de confirmación matemático puede tener la hipótesis que ha declarado probada. Pero ahí se acaba su función: intentar medir la intuición. Pero ni siquiera es seguro que el cómputo que surja sea del todo correcto en la realidad¹⁶⁸, porque se trata de aplicar una fórmula concebida para calcular la probabilidad de aconteci-

¹⁶⁶ F. RABELAIS, *Faits et dits du Géant Gargantua et de son fils Pantagruel*, 1732, cap. 37, pp. 252 y ss.

¹⁶⁷ Como dice AISA MOREU, *El razonamiento inductivo...*, cit., pp. 285-286, «pedirle a un jurado una apuesta sobre un evento pasado, cuando ya conoce por hipótesis toda la evidencia relevante que verosíblemente se puede obtener, es usar el concepto de apuesta en un contexto difícilmente apropiado. El problema aquí no es que no haya técnicas para inventar cocientes de apuestas, sino que en ciertas situaciones la aceptación de un cociente de apuesta es irracional. No se puede aceptar apuestas sobre cuestiones no siempre decidibles».

¹⁶⁸ Vid. TRIBE, «A further critique», cit., pp. 1818.

mientos aleatorios. Insisto en que un juicio jurisdiccional no es un acontecimiento aleatorio. Aleatoria es la posibilidad de que muera una persona por un disparo en el pecho. Pero el juicio jurisdiccional que condene o absuelva a esa persona nunca será aleatorio.

B) Otros cálculos matemáticos de probabilidad. Utilidad del enfoque probabilístico matemático

Diversos autores han intentado un acercamiento a la materia similar al de las «inferencias bayesianas». Algunos fueron formulados antes incluso del uso judicial del teorema de BAYES, aunque incluyan también aspectos de dicho teorema. Para conocer sus detalles debe acudirse fundamentalmente a EKELÖF¹⁶⁹, que propuso un sistema en el que el juez evaluaba por tantos por ciento sus certezas sobre los hechos, básicamente a fin de evitar la aplicación de las reglas de carga de prueba. Aunque quedaba siempre la duda de que cuando el juez no podía acudir a datos estadísticos, el resultado probatorio siempre dependía de su simple intuición, por más que se quisiera racionalizar¹⁷⁰; lo que nos devolvía a los mismos problemas de los esquemas vistos en epígrafes anteriores¹⁷¹.

Otros autores¹⁷² también han realizado intentos matemáticos o semimatemáticos para valorar la prueba, pero tiene escaso interés referir aquí sus teorías, básicamente porque todas topan con el mismo problema de siempre. Existe una inevitable indeterminación del grado de confirmación de los indicios de los que depende el cálculo de la probabilidad, simplemente porque dicho grado se construye a través de la libre valoración del juez, que atribuirá más valor o menos a un indicio según su conciencia, conciencia que resulta inexplicable con exactitud en no pocas ocasiones. Y ello hace que los males que encontró el teorema de BAYES se trasladen a cualquier otro intento en este sentido¹⁷³.

AISA MOREU¹⁷⁴ concluye exactamente lo mismo. El cálculo matemático de la probabilidad es injusto si el mismo se utiliza para averiguar la absolución o la condena. La estadística es muy útil para los peritos a la hora de exponer sus conclusiones al tribunal, conclusiones que serán valoradas libre-

¹⁶⁹ P. O. EKELÖF, «Beweiswürdigung, Beweislast und Beweis des ersten Anscheins», *ZZP*, núm. 75 (1962), pp. 289 y ss.

¹⁷⁰ EKELÖF, «Beweiswürdigung, Beweislast...», cit., p. 295.

¹⁷¹ Vid. otras críticas en PATTI, «Libero convincimento», cit., p. 505, quien opone además que, normalmente, el demandante siempre está en mejor posición de aportar una prueba que, de entrada, sea más convincente, lo que sería suficiente para inclinar la balanza del 50 al 51 por 100, lo que le daría la razón en el sistema de EKELÖF.

¹⁷² Un magnífico resumen de los mismos puede encontrarse en TARUFFO, *La prueba*, cit., pp. 206 y ss.

¹⁷³ Como concluye TARUFFO, *La prueba*, cit., p. 217, «no tiene mucho sentido, en realidad, elaborar cálculos sofisticados si los datos cuantitativos sobre los que se fundan son inciertos o inventados».

¹⁷⁴ AISA MOREU, *El razonamiento inductivo...*, cit., p. 281.

mente por los jueces¹⁷⁵. Pero el juez, al emitir su condena, no puede basarse en cálculos matemáticos probabilísticos, porque dichos cálculos, como dije, atienden a una realidad diferente: la de los sucesos aleatorios. Y esa realidad aleatoria no es la judicial.

Por ello, es escasa la utilidad del enfoque matemático en la valoración de la prueba. Ni siquiera cuando se trata de procesos de determinación de la filiación, o incluso de procesos penales que, encontrando restos biológicos de un lugar, atribuyen una tremenda probabilidad de que esos restos sean de una determinada persona. Ello es así porque el hecho de encontrar restos biológicos en un lugar ni siquiera demuestra a ciencia cierta que la persona de la que salieron estuviera en algún momento allí. Por otra parte, la prueba biológica de la paternidad está basada en cálculos estadísticos de perfiles poblacionales de ADN, que son muy útiles para el perito a la hora de elaborar su dictamen. Pero se trata de dictámenes periciales que el juez debe valorar libremente, más adelante veremos cómo. Sin embargo, no determinan con un 100 por 100 de certeza la filiación, y por ello deben ser valorados atendiendo a la existencia de otras pruebas, porque el margen de error en la prueba de ADN siempre existe, como en toda estadística, y no podemos creer ciegamente dicha estadística¹⁷⁶. Si algún día el análisis del ADN y otros análisis de presencia vírica o de células cancerígenas, por ejemplo, dejaran de depender de esos cálculos estadísticos y se eliminaran los falsos positivos, desde luego que el dictamen pericial no tendría posibilidad de contradicción. Cuando llegue ese momento, el juez deberá creer al perito, pero no porque sus cálculos probabilísticos sean acertados, sino porque esos cálculos habrán dejado de existir y no tendrá otra alternativa. Se habrá creado, entonces, una prueba de valoración legal en la que la aritmética no tendrá, en principio, nada que ver.

No obstante, el cálculo matemático puede ser útil al juez, como ya dije al explicar el teorema de Bayes. No está de más saber qué probabilidad existe de que algo haya sucedido, considerándolo por unos instantes como si fuera un acontecimiento aleatorio. Tal y como se indicó, cuando existe una gran insuficiencia de prueba, de manera que no queda otro remedio que acudir a las reglas de carga de la prueba, recurrir a la comprobación estadística

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 283.

¹⁷⁶ A. TVERSKY y D. KAHNEMAN, «Evidential impact of base rates», en KAHNEMAN, SLOVIC y TVERSKY (eds.), *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge, 1982, pp. 153-154, explican a la perfección, y demuestran experimentalmente, la incidencia del heurístico de la representatividad, que de hecho provoca el problema anunciado en el texto principal: «Predictions by representativeness or similarity are generally insensitive to base-rate frequencies. However, the phenomenon of base-rate neglect is far more general, since it also occurs in judgments that cannot be readily interpreted in terms of representativeness (...). For example, Casscells, Schoenberger, and Grayboys (1978) presented 60 students and staff at Harvard Medical School with the following question: If a test to detect a disease whose prevalence is 1/1000 has a false positive rate of 5 per 100, what is the chance that a person found to have a positive result actually has the disease, assuming you know nothing about the person's symptoms or signs? (p. 999). The most common response, given by almost half of the participants, was 95 per 100. The average answer was 56 per 100, and only 11 participants gave the appropriate response of 2 per 100, assuming the test correctly diagnoses every person who has the disease. Evidently, even highly educated respondents often fail to appreciate the significance of outcome base rate in relatively simple formal problems».

no tiene por qué evitar acudir a dichas reglas, pero sí que es posible que haga que el recurso a dichas reglas sea más racional. Cuando las reglas de carga de la prueba entran en juego, en realidad lo que hacemos es valorar la conducta de los sujetos procesales, a falta de cualquier otro elemento más convincente. Y si nos parece que ese litigante tiene a disposición la prueba y no la aporta al proceso, inferimos de ese indicio que la está ocultando y, por tanto, interpretamos en su contra el posible resultado que hubiera aportado esa prueba. Ello no es más que un proceso lógico en el que empleamos las máximas de experiencia para valorar la conducta del litigante. Pero no deja de ser un recurso *in extremis*, porque no pocas veces el litigante no aporta la prueba, no porque la oculte, sino porque verdaderamente no la tiene aunque no lo pueda demostrar. Y en ese caso la sentencia es injusta.

En estos supuestos puede ser útil determinar las probabilidades de ocurrencia de ese acontecimiento que se intenta probar, pero que no existen vestigios que lo puedan demostrar. La estadística no puede convertirse en algo que haga que el juez decida en un sentido o en otro, no ya porque sea rechazable que el juez juzgue como una máquina, sino porque se está tratando a ese hecho que se ha sometido a estadística como si fuera un acontecimiento aleatorio, cuando en realidad, insisto una vez más, no lo es. Pero no está de más observar qué sucedería si el hecho verdaderamente fuera aleatorio, y para ello sería necesario que el juez conociera los heurísticos estadísticos, que en buena medida reducirían la incidencia de los heurísticos psicológicos antes estudiados¹⁷⁷. Es posible que ello complemente el juicio jurisdiccional cuando la actividad probatoria es tan insuficiente que debe ser basada, en último extremo y a falta de nada mejor, en la valoración de la conducta de una de las partes, es decir, en la carga de la prueba.

Ello puede ser especialmente útil en el proceso civil, pero no realmente en el penal, y es preciso advertirlo ya desde este momento. En el proceso penal existe un principio o directriz que en general se formula actualmente como «presunción de inocencia» —antiguamente llamado *in dubio pro reo*—¹⁷⁸ y que no aparece siempre como una regla de carga de la prueba, sino que normalmente se comporta como si fuera una regla legal de valoración¹⁷⁹, dado que toda ausencia o insuficiencia de prueba debe interpretarse a favor de reo, de manera que cuando se emita una sentencia absolutoria por falta de pruebas no quede ninguna sombra de duda sobre la inocencia del absuelto, que se produciría a buen seguro en caso contrario¹⁸⁰. La presunción de inocencia no existe porque se crea que si no hay prueba contra el acusado es porque el acusador la está ocultando. Existe ese principio desde muy antiguo

¹⁷⁷ En este sentido, R. NISBETT, D. H. KRANTZ, D. JEPSON y Z. KUNDA, «The Use of Statistical Heuristics in Everyday Reasoning», *Psychological Review*, 1983, 90, pp. 339 y ss.

¹⁷⁸ Vid. NIEVA FENOLL, *El hecho y el Derecho en la casación penal*, Barcelona, 2000, pp. 186 y ss., así como la bibliografía allí citada.

¹⁷⁹ Vid., en este interesante punto, en similar sentido, reconociendo que la presunción de inocencia es una restricción a la libre valoración, MEURER, «Beweis und Beweisregeln im Deutschen Strafprozeß», *FS Oehler*, 1985, p. 360.

¹⁸⁰ M. MIRANDA ESTRAMPES, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Barcelona, 1997, pp. 619-620.

a fin de superar la sensación sociológica de culpabilidad que cualquier reo inspira una vez que ha resultado acusado. Sea inocente o culpable, cualquier presente en una sala de justicia tiende a considerar culpable al reo que está sentado en el banquillo. Con el fin de superar este antiquísimo sesgo existe también el muy antiguo principio de la presunción de inocencia¹⁸¹.

En todo caso, está fuera de lugar utilizar cálculos estadísticos en este contexto judicial, y hasta puede llevar a partir de premisas inaceptables si se derivan de variables raciales o poblacionales, como las que están presentes en las pruebas de ADN. Semejantes usos deben ser desterrados de la valoración de la prueba, salvo que, como ya dije, el cálculo deje de depender un día de la estadística y, por tanto, resulte irrefutable.

5. EL ENFOQUE SOCIOLÓGICO

Este enfoque no ha sido demasiado estudiado por los tratadistas de la prueba¹⁸², sino por los filósofos del Derecho¹⁸³ y en parte por algunos psicólogos¹⁸⁴. La cuestión de los poderes probatorios del juez también ha sido abordada en ocasiones desde el punto de vista sociológico¹⁸⁵.

Sin embargo, la sociología es una ciencia bastante citada, aunque normalmente de pasada, en el mundo del Derecho. Es asumida como inevitable, como la mejor manera de explicar el mundo incluso¹⁸⁶. Aunque quizás por ello haya sido normalmente ignorada al estudiar el juicio jurisdiccional¹⁸⁷, salvo en los sistemas jurídicos en los que el enfoque ideológico era más que fundamental¹⁸⁸.

Se trata evidentemente de un enfoque muy tenido en cuenta en muchos momentos, por ejemplo para la selección de jueces de tribunales inferiores¹⁸⁹ y superiores en más de una ocasión¹⁹⁰. Desgraciada ocasión en cualquier caso, porque un juez, en principio, no debiera ser seleccionado por este tipo de motivos. Me estoy refiriendo, lógicamente, a la ideología política o moral

¹⁸¹ Lo enunciaba nada menos que la Partida III, tít. XVI, Ley 40: «porque los Judgadores siempre deven ser aparejados, mas para quitar al demandado que para condenarlo, quando fallassen derechas razones para fazerlo».

¹⁸² Con alguna excepción. Vid. MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria*, cit., p. 70. G. STAHLMANN, «Sozialwissenschaftliche Überlegungen zur zivilprozessualen Beweislehre», *JA*, 1978, p. 270. TARUFFO, *La semplice verità*, cit., pp. 58 y ss.

¹⁸³ Vid., por ejemplo, R. DWORKIN, «Can rights be controversial?», en *Taking rights seriously*, London, 1977, pp. 279 y ss.

¹⁸⁴ J. SOBRAL FERNÁNDEZ, «An enquiry into judicial decisions», en REDONDO, GARRIDO, PÉREZ y BARBERET, *Advances in Psychology and Law*, Berlin-New York, 1997, pp. 227 y ss.

¹⁸⁵ MONTERO AROCA (coord.), *Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Valencia, 2006.

¹⁸⁶ B. LEITER, *Naturalizing jurisprudence*, Oxford (Mass.) 2007, p. 203.

¹⁸⁷ Salvo excepciones. Vid. M. SERRA DOMÍNGUEZ, «El juicio jurisdiccional», en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1969, pp. 106 y ss.

¹⁸⁸ WYSCHINSKI, *Theorie der gerichtlichen Beweis im sowjetischen Recht*, cit., p. 190.

¹⁸⁹ M. J. SAKS y R. HASTIE, «Social psychology in court: The judge», en ARKES y HAMMOND (eds.), *Judgment and decision making. An interdisciplinary reader*, Cambridge, 1986, pp. 257 y ss.

¹⁹⁰ Vid. R. A. POSNER, *How judges think*, Cambridge (Massachusetts), 2008, pp. 20 y ss.

del juez, a su concepción del mundo económica y culturalmente hablando, a su manera de pensar y relacionarse con el resto de seres humanos. Es decir, estoy haciendo referencia al juez en sociedad.

Como decía, el enfoque sociológico ha sido utilizado con frecuencia, aunque la mayor parte de las veces se han escrito poco más que vaguedades y obviedades. Se ha destacado el hecho de que el juez, efectivamente, tiene en cuenta lo que lee en la prensa, lo que dicen sus vecinos, y desde luego, según lo que tenga que decidir, valora el impacto social de su decisión. Pero todo ello se explica bien a través del sesgo de la presión social referido anteriormente y, por tanto, no parece que haya que adoptar otro enfoque para entender esa actitud profundamente psicológica del juez.

Podría pensarse que la ideología del juez influye en el global de la decisión judicial, y desde luego así es, incluso cuando no lo parece. Pero lo que nos interesa saber es en qué medida esa ideología condiciona su juicio sobre la prueba. Un primer indicio es que buena parte de las llamadas «máximas de experiencia» no son más que manifestaciones de la ideología del juez. Si ello es así y las máximas de experiencia sirven para construir todo el razonamiento presuntivo, cabe comprender con facilidad hasta qué punto puede ser importante referirse, aunque sea brevemente, a este enfoque sociológico.

A) La influencia de la ideología del juez en la prueba

Todo lo que se ha dicho sobre la influencia de la ideología y moral del juez en los juicios jurisdiccionales en general¹⁹¹, no es fácil concretarlo exclusivamente en la parte probatoria de las sentencias. La conclusión que queda al final de esas lecturas es que el juez no se muestra indiferente ante lo que observa en el juzgado, y que desde luego le influyen sus propias convicciones a la hora de dictar sentencia. Ello puede tener una explicación relativamente sencilla de apuntar, pero complicadísima de desarrollar sin caer en ambigüedades, cuando se trata de explicar la influencia de la moral del juez en la interpretación del ordenamiento jurídico. Y eso es lo que, en general, se ha intentado hasta el momento.

Pero parece que cuando hablamos de la prueba, no parecería honesto que el juez se dejara influir por sus condicionamientos ideológicos, aprendidos o ganados espontáneamente a través de experiencias previas¹⁹². Podemos consentirlo en parte cuando se trata de interpretar el ordenamiento jurídico, pero parece excesivo permitirselo en una actividad que pretende ser mucho más objetiva como es la valoración probatoria. Pero sin duda lo hace, porque es inevitable que cualquier persona aplique su visión del mundo, al menos en parte, a cualquier actividad cotidiana. Es muy difícil valorar la credibilidad de un testigo, realmente, sin dejarse influir en absoluto por su aspecto o su aparente manera de vida. Aunque solamente sea en la receptividad a la hora

¹⁹¹ Vid. LEITER, *Naturalizing jurisprudence*, cit., pp. 225 y ss.

¹⁹² POSNER, *How judges think*, cit., p. 75, apunta, por ejemplo, que una mujer es más dada a entender la discriminación sexual porque es bastante probable que la haya padecido personalmente.