

de escuchar el testimonio, la actitud del juez es distinta si cree estar ante alguien que entiende socialmente próximo, o al menos se solidariza con su condición o con la ideología que cree que tiene. Es difícil que el juez tenga simpatías por un ultraderechista declarado, si dicho juzgador posee una ideología de izquierdas. Tenderá a no creerle, es inevitable, y será mucho peor cuando se trate, no de un testigo, sino de la parte litigante. Lo mismo va a suceder cuando escuche a un perito. Aunque parezca increíble le merecerá mayor crédito, de entrada, alguien vestido de la forma que a él le parece adecuada que otro cuya apariencia no sea esa. Otra cosa es que después de escucharlo cambie su parecer siendo consciente de su prejuicio. Pero estará allí.

Lo mismo puede decirse incluso de la manera de hablar o de expresarse de las personas. Constantemente emitimos juicios de valor sobre la gente tomando como fundamento esos extremos, lo cual, de hecho, salvo cuando se estudia y analiza de modo científico¹⁹³, no deja de ser bastante estúpido si se hace de manera intuitiva, pero más estúpido sería negar que sucede. Y, por supuesto, también influye en el juez la temática del pleito. Un homicidio que tenga como pretexto una eutanasia, no va a ser valorado igual por un juez profundamente religioso que por un juez ateo. La prueba que escucharán ambos jueces será exactamente la misma, sin variación alguna. Pero la forma de enfrentarla será distinta, lo cual también va a influir en la severidad de su juicio sobre la prueba¹⁹⁴.

Ahora bien, diferente cuestión es que ello sea legítimo. Es decir, el juez, cuando valora la prueba, tiene que defender los valores constitucionales que estén vigentes en el país que ejerza. Ahora bien, es profundamente cuestionable que pueda aplicar también sus valores morales, sean cuales fueren, a la hora de juzgar, porque el ordenamiento jurídico lo cierto es que no le autoriza a que lo haga. Exactamente igual que no le permite objetar su conciencia para incumplir un precepto del ordenamiento.

Pero centrándonos en la temática probatoria, debemos de ser conscientes de que este enfoque sociológico se separa por completo de los cuatro anteriores. Su objetivo es distinto. Trata simplemente de dar razones, normalmente *a posteriori*, por las que los juicios son de un modo u otro. Pero por más que se haya pretendido lo contrario¹⁹⁵, no permite establecer grado de confirmación alguno sobre las hipótesis probatorias, ni las *prior probabilities* ni nada que se le parezca. Ni tan siquiera pretende ayudar al juez a construir debidamente su razonamiento probatorio, dado que la ideología del juez es algo que pertenece a su fuero interno, y es más que posible que ni siquiera dicho juez sea consciente realmente de hasta qué punto le condiciona su ideología. Imagínense las dificultades de las partes al realizar la misma misión, salvo

¹⁹³ Vid. J.-E. DIMITRIUS y M. MAZZARELLA, *A primera vista*, trad. de *Reading people*, Barcelona, 1999.

¹⁹⁴ Decía DWORKIN, «Can rights be controversial?», cit., p. 279: «If a prosecutor is required to decide whether protesters have a moral right to protest, or whether economic damage is recoverable in tort, then all the public is entitled to expect is that his choice will be made honestly and in a cool moment, free from bias or passion or zeal».

¹⁹⁵ POSNER, *How judges think*, cit., p. 73.

no intenten valorar esa cuestión a través de tópicos o prejuicios. Por tanto, cuando ello así, deberíamos abandonar aquí el análisis.

Sin embargo, a pesar de todo, este enfoque tiene una utilidad muy precisa. Hemos visto a lo largo de toda la explicación que precede que el problema en materia de valoración de la prueba siempre es el mismo. Establecer el grado de confirmación de las hipótesis. Y es que el resto de la actividad de valoración la podemos preparar y sistematizar, pero cuando nos enfrentamos a la cuestión del grado de confirmación siempre nos topamos con la inevitable subjetividad judicial. Pues bien, el tomar conciencia de los condicionantes sociológicos del juez es algo verdaderamente importante para conseguir acotar un poco más ese cálculo del grado de confirmación¹⁹⁶, aunque no sea determinable con exactitud. Sobre todo es imprescindible que el juez tome conciencia de esos condicionantes, puesto que es seguro que de ese modo logrará ser más objetivo a la hora de establecer el grado de confirmación de las hipótesis.

Si el juez pertenece a asociaciones con un sesgo moral o ideológico, será más sencillo que las partes puedan controlar esos aspectos. Aunque también es preciso decir a renglón seguido que es demasiado fácil, y profundamente inseguro jurídicamente hablando, descalificar un juicio jurisdiccional por las creencias ideológicas de quien lo ha dictado. Pero asumamos que normalmente ello no va a ser posible. Podríamos prohibir que el juez perteneciera a cualesquiera asociaciones, pero ello sería una ingenuidad. De hecho, es bueno que pertenezca porque de ese modo da pistas sobre su ideología, lo que puede permitirle abstenerse con toda honestidad, o incluso es factible recusarle si no lo ha hecho. En un espacio de libertad, toda ideología que no excluya dicha libertad no puede ser vergonzante en ningún sentido. Simplemente es preciso que se sea consciente de que esa ideología existe. La misma no tiene por qué incapacitar para juzgar, ni mucho menos. Y ni siquiera tiene por qué ser conocida, porque pertenece al espacio de intimidad de las personas. Pero si esa ideología puede influir de alguna manera en el juicio probatorio, el juez debería optar por abstenerse.

Pero no perdamos la perspectiva. El enfoque sociológico nos puede servir para establecer en algunos casos alguna razón adicional de por qué el juez atribuye un cierto grado de confirmación a una hipótesis. Dicho de un modo más sencillo, por qué le da más credibilidad a un determinado medio de prueba. Pero la pregunta que surge ahora es cómo controlar eso. Es decir, cómo criticar legítimamente desde un punto de vista ideológico la credibilidad que el juez, por ejemplo, atribuye a un testigo.

B) La importancia de la motivación. Utilidad del enfoque sociológico

La clave para conseguirlo está en la motivación. Poquísimas veces exponen los jueces motivos ideológicos en sus sentencias. Y cuando lo hacen,

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 69.

suelen ser criticadísimos, porque se piensa que están yendo más allá de una supuesta objetividad que reclama el ordenamiento jurídico, más allá de la imparcialidad y hasta de la propia independencia¹⁹⁷.

Pero cuando realizan ese tipo de motivaciones, lo cierto es que sus juicios son mucho más controlables. Suelen amularse ese tipo de sentencias, porque se descubre que el juez tenía su juicio profundamente sesgado. Algunas de esas resoluciones les han costado incluso sanciones a unos pocos juzgadores, que muchas veces han sido completamente apropiadas.

Pues bien, esa motivación es la que va a permitir, en primer lugar al juez, darse cuenta de que está emitiendo un fallo probatorio por motivos ideológicos. Cuando redacte la sentencia descubrirá que le es casi imposible separarse de los mismos, e incluso verá con asombro cómo dejando al margen su ideología, lo cierto es que su juicio tiene una carencia casi absoluta de motivación. Y si ello es así, es posible que deba abstenerse. No es aceptable que un juez crea más a un perito porque le ha parecido que tiene su misma ideología, o porque se encuadra más en el parámetro de lo que él/ella considera ideológicamente «normal». Ese uso del *id quod plerumque accidit* es completamente inoportuno e inadecuado, puesto que lo que le parezca normal al juez no tiene por qué ser lo que normalmente sucede, ni siquiera lo que deba suceder. Un juez que vive en sociedad suele vivir imbuido de la ideología reinante. Cuando las leyes del siglo XIX citaban como un estándar del hombre medio al «buen padre de familia», la mayoría de los jueces sabían muy bien cómo se suponía que debía ser un buen padre de familia. Actualmente el juicio sería muy distinto, y ni siquiera ese padre procreador sería considerado el «hombre medio» en nuestra sociedad.

Pues bien, es difícilísimo separar la ideología reinante de la ideología particular, puesto que como enseña el sesgo egocéntrico¹⁹⁸ al que me referiré más atrás, la mayoría de la población tiende a pensar que lo que creen ellos es compartido por todo el mundo, o al menos por los que ellos consideran «buenas personas», lo cual resulta completamente inaceptable en un juez.

El único modo de percatarse de ello es, como acabo de decir, la motivación. Es posible que el juez, incluso después de motivar, no se dé cuenta de que lo que ha escrito tiene un sesgo ideológico evidente que descarta su objetividad, pero sí que lo percibirán las partes. El problema suele ser que esa exposición ideológica no se encuentra normalmente en la sentencia. Y por ello, medir el grado de confirmación a través de este enfoque sociológico será normalmente misión imposible. Al margen de que para hacerlo es posible que haya que acabar acusando al juez de prevaricación.

¹⁹⁷ Decía R. DWORKIN, «On interpretation of objectivity», en *A matter of principle*, Cambridge (Mass), 1985, p. 171-174. «I have no arguments for the objectivity of moral judgments, but moral arguments. (...) I am actually saying that moral or aesthetic or interpretative judgments cannot possibly describe an independent objective reality. But that is not what I said. I said that the question of "independence" and "reality" are, for any practice, is a question within the practice, so that whether moral judgments can be objective is itself a moral question, and whether there is objectivity in interpretation is itself a question of interpretation».

¹⁹⁸ ARTIETA PINEDO y GONZÁLEZ LABRA, «La toma de decisiones», cit., p. 344.

Por estas razones, el enfoque sociológico no es el más útil a la hora de tratar la valoración de la prueba. Debe ser tenido en cuenta, desde luego que sí, pero como una última solución cuando han fallado todo el resto de explicaciones ofrecidas hasta el momento. Es posible que la credibilidad que el juez atribuya a un perito dependa de los estudios que diga tener dicho perito, y la consideración que por los mismos tenga el juez, lo que históricamente ha planteado diversos problemas con los psicólogos, por ejemplo. Pero esa reluctancia del juez es difícil de acreditar. Debe ser tenida en cuenta, pero hay que exponer claramente que los mecanismos para descubrirla, especialmente en la fase de valoración probatoria, son prácticamente inexistentes, salvo que el juez se descubra a sí mismo en la motivación. Porque lo normal es que toda esa carga ideológica quede en su hitero interno¹⁹⁹.

6. CONCLUSIÓN: LA BÚSQUEDA (O NO) DE LA VERDAD

Tras toda la exposición que precede, junto con la del capítulo anterior, estamos por fin en condiciones de confirmar si se ajustan a la realidad autorizadas afirmaciones como que «lo lógico hubiera sido abandonar para siempre el concepto de verdad como fin de la prueba jurídica»²⁰⁰, o que «la búsqueda de la verdad no puede ser la función de la prueba civil»²⁰¹, o que «el juez no averigua la verdad en realidad en ningún sentido»²⁰², o bien incluso poner en cuestión «que en el ámbito del proceso se pueda hablar sensatamente de verdad (relativa) de los hechos como aproximación a la realidad»²⁰³, o finalmente que «si bien lo más simple sería llegar a suponer que la prueba tiene por objeto la búsqueda de la verdad, tal afirmación no pasa de ser, si se me permite la redundancia, una verdad a medias»²⁰⁴.

También se ha dicho con mucha reiteración por diversos autores que lo que se persigue en el proceso es simplemente la convicción o certidumbre del juez²⁰⁵, y no de un juez medio, sino de ese concreto juez²⁰⁶, añadiéndose en ocasiones la variable de la aceptación social de la resolución judicial²⁰⁷. Pero siguen existiendo frecuentes pronunciamientos en pro de la verdad como fin de la prueba. Los ha habido históricamente y los sigue habiendo hoy en día,

¹⁹⁹ Vid. LEITER, *Naturalizing jurisprudence*, cit., p. 227.

²⁰⁰ SERRA DOMÍNGUEZ, «Contribución», cit., p. 357.

²⁰¹ MONTERO AROCA, *La prueba*, cit., p. 45.

²⁰² EGGLESTON, *Evidence, Proof and Probability*, cit., p. 1: «But the judge does not ascertain the truth in any real sense».

²⁰³ TARUFFO, *La prueba*, cit., p. 181.

²⁰⁴ MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria*, cit., p. 61. Aunque este autor matizaba de manera relevante esta afirmación, como veremos después. Otras opiniones negacionistas de la verdad pueden leerse en CABAÑAS GARCÍA, *La valoración de las pruebas*, cit., p. 16.

²⁰⁵ Por citar uno menos frecuente en la doctrina española, EGGLESTON, *Evidence, Proof and Probability*, cit., p. 31: «What he does is to make a decision which appears to him to be justifiable on the material presented to him». Vid. también S. PATTI, «Libero convincimento e valutazione delle prove», *Riv. Dir. Proc.*, 1985, p. 486 y 498.

²⁰⁶ PRÜTTING, *Comentario al § 286 ZPO*, cit., p. 1781.

²⁰⁷ CABAÑAS GARCÍA, *La valoración de las pruebas*, cit., pp. 21-22.

y los hemos citado en su momento, de tal modo que cabría decir que sobre la cuestión de la verdad a día de hoy está la doctrina dividida.

Lo que quizás cabría preguntarse es si estamos ante una cuestión relevante, o en realidad nos hallamos simplemente ante un simple punto de partida filosófico que trata de encauzar el estudio de la prueba²⁰⁸. Lo cierto es que se ha hablado tanto del tema que parece sacrilego apuntar algo así en este momento. Pero si se piensa que, en el ámbito del Derecho Procesal, toda la discusión proviene, en el fondo, de la discusión sobre los conceptos de verdad formal y verdad material de la Doctrina alemana del XIX, cuya relevancia ya fue ampliamente analizada, queda la sensación de que quizás estamos prolongando una discusión que en su momento fue claramente sobre-dimensionada, puesto que nadie llegó a decir originariamente que hubieran dos tipos de verdades, sino que el resultado que se obtenía con las pruebas legales no solía ser, evidentemente, la verdad. Simplemente se pretendió eso. ENDEMANN²⁰⁹, como ya fue referido, no pretendía otra cosa. En realidad, se trataba de reproducir las quejas de BENTHAM²¹⁰ explicándolas con terminología distinta.

Pero no se quiso añadir prácticamente nada más, salvo la cuestión del principio de aportación de parte. De hecho, justamente de la puesta en interrogante de este principio nace la dimensión política que el tema ha alcanzado para algunos autores. Ciertamente, los primeros que hablaron de la verdad material también pusieron en cuestión el principio de aportación de parte. Y una exageración evidente de esa línea de pensamiento lleva a la conclusión de que el juez actuará de oficio, sin límites, en materia probatoria, situación inquisitiva que se pretendió maquillar recurriendo a un concepto eufónico como el de «verdad», que además existía la ventaja de que ya había sido introducido en toda la argumentación de ENDEMANN. Pero ello no puede llevar a pensar que los que, sin compartir en absoluto esa exageración, defiendan la verdad como objetivo de la prueba, sean fascistas, ni que la participación oficial del juez en la prueba sea siempre una manifestación de autoritarismo. Pero esta última es otra cuestión completamente distinta en la que no puedo entrar ahora²¹¹.

Centrándome en el tema de la verdad, es obvio que en el proceso se puede dictar sentencia sin que el resultado haya sido el averiguamiento de la verdad. Eso ha sido así desde la época de las ordalías, y no constituye ninguna

²⁰⁸ Ya lo sugirió en su día C. FURNO, *Contributo alla teoria della prova legale*, Padova, 1940, y siguió esa orientación JIMÉNEZ CONDE, «La apreciación de la prueba legal», cit., p. 36.

²⁰⁹ Es curioso que en una sola frase se condensara prácticamente el total de la discusión que vino después. ENDEMANN, «Die freie Beweisprüfung», cit., p. 93: «Es ist bekannt, daß der Civilprozeß, indem er sich auf die sogenannten Verhandlungsmaxime, die man lange Zeit sonderbar genug für ein Palladium der Gerechtigkeit gehalten hat, stützt, keineswegs die materielle Wahrheit der Parteihauptungen zu Grunde zu legen vermag».

²¹⁰ BENTHAM, *Traité...*, cit., pp. 9 y ss.

²¹¹ Vid. sobre el particular J. F. ETXBERRÍA GURIDI, *Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC*, Valencia, 2003. PARRA QUBANO, *Racionalidad e ideología en las pruebas de oficio*, Bogotá, 2004. X. ABEL LLUCH, *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, Barcelona, 2005, así como los numerosos artículos de diversos autores contenidos en MONTERO AROCA (coord.), *Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Valencia, 2006.

novedad. Ahora bien, deben destacarse dos cuestiones. En primer lugar, que en ocasiones en el proceso sí que es posible alcanzar la verdad. Y en segundo lugar, que no es preciso alcanzarla para poder dictar sentencia.

La primera conclusión es muy sencilla de justificar. Cuando en un proceso se ordena una prueba pericial para averiguar si el demandante está enfermo de tuberculosis, si los exámenes son positivos, ese hecho será cierto. Se habrá alcanzado la verdad. Y así en cualquier otra situación en la que las conclusiones del medio de prueba no dejen lugar a la duda. Por tanto, es muy fácil demostrar científicamente y sin posibilidad de duda que la prueba puede averiguar la verdad.

Pero, como decía, en ocasiones no es preciso, ni tan siquiera posible, alcanzar esa verdad para poder dictar sentencia. Y en este punto es en el que la doctrina ha percibido la necesidad de determinar una finalidad metafísica a la prueba. Y ahí se ha empezado a hablar de la verdad, de la verosimilitud, de la convicción judicial, etc., intentando recoger lo mejor de las últimas disquisiciones filosóficas sobre el concepto de verdad, cuya lectura es ciertamente interesante e ilustrativa²¹², pero que no tiene eficacia en la práctica del proceso, sino quizás en el planteamiento teórico de partida de la verdad como fin de la prueba. Pero, a decir verdad y con el máximo respeto, creo que todo ello no es más que darle vueltas a una misma constatación sobre la que nadie duda: que en el proceso no siempre se obtiene la verdad²¹³.

Ahora bien, saliendo de la categoría filosófica, entiendo que como finalidad material de la prueba sí que puede apuntarse la averiguación de la verdad. Es cierto que las partes no siempre pretenden que la verdad resplandezca, porque lo que invariablemente desean es ganar el proceso, con independencia de cuál fue la verdad de los hechos, que muchas veces permanece ignota incluso para los abogados, cuando no para las partes, porque todas ellas pueden tener diferentes interpretaciones del mismo suceso, o recordarlo de buena fe de forma distinta. Pero aun y así, no creo que centrar el objetivo de la prueba en la averiguación de la verdad ponga al proceso en ningún riesgo de tornarse injusto jurídica o incluso políticamente hablando, salvo que se utilice la discusión filosófica del concepto de verdad como el punto de partida de una descalificación política²¹⁴, o se anude inseparablemente la persecución de la verdad a un sistema autoritario como el soviético, cuando en realidad ello no fue auténticamente así²¹⁵.

Lo indico porque aunque en el proceso no existiera prueba de oficio en absoluto, no por ello dejará el juez de intentar obtener la realidad de los hechos

²¹² Vid., por ejemplo, R. GREGER, *Beweis und Wahrscheinlichkeit, Das Beweiskriterium im Allgemeinen und bei den sogenannten Beweiserleichterungen*, Erlangen-Nürnberg, 1978.

²¹³ TARUFFO, *La semplice verità*, cit., p. 78: «Naturalmente nessuno parla di verità o di certezze assolute, che sono "il privilegio del fanatico", e che infatti si riscontrano solo in alcune metafisiche e in alcune religioni integraliste». Vid. también *op. cit.*, p. 82.

²¹⁴ Que es lo que hizo WYSCHINSKI, *Theorie der gerichtlichen Beweis im sowjetischen Recht*, cit., pp. 198 y ss., con respecto al Liberalismo y el sistema burgués, por ejemplo.

²¹⁵ Basta leer a WYSCHINSKI, *Theorie der gerichtlichen Beweis im sowjetischen Recht*, cit., pp. 211 y ss., para darse cuenta de que en la doctrina soviética existían autores de todas las tendencias sobre este punto.

que resulte de los medios de prueba que se practiquen. ¿Quién se lo va a impedir? Las partes sólo podrían evitarlo dando fin prematuramente al proceso, o declarándose de acuerdo en la existencia de un hecho, que de ese modo queda expulsado de la actividad probatoria, al menos en el proceso civil. Pero a partir de allí, el juez va a perseguir siempre averiguar la realidad, porque legítimamente no puede hacer otra cosa. Por supuesto que las partes intentarán convencerle a través de los medios de prueba, pero para él su convicción equivaldrá finalmente a la realidad²¹⁶. Ningún juez se pregunta qué le conviene más —aunque a veces lo expresen así—, sino qué es lo que ha ocurrido en este caso concreto. Cualquiera otro ser individuo hará lo mismo en cualquier otra actividad humana. Cuando una persona se deja embaucar por un comerciante, salvo que tenga otras motivaciones, normalmente lo hace porque cree que el vendedor le está contando la realidad. Lo mismo le ocurre al juez. No es que se deje convencer, sino que, para él, su convicción es la realidad de los hechos, o al menos lo que él cree más cercano a la misma, lo que CARRERAS LLANSANA denominó la «la pequeña historia de cada pleito»²¹⁷. Por supuesto que ello no será una «verdad» pura, la del mundo de las ideas, que es la que con toda la razón ha puesto en cuestión la Filosofía. Pero si el juez no cree que eso es lo más verosímil que haya sucedido, no dictará su sentencia basándose en ese hecho, salvo que prevarique. Necesita, por tanto, convencerse de esa «verdad», que por supuesto puede no equivaler a la verdad auténtica²¹⁸.

Y ello no entiendo que sea una desorientación de los juzgadores, ni mucho menos que sea negativo, todo lo contrario. El mayor acercamiento posible a la verdad²¹⁹ es lo que suele dar una imagen más correcta de la justicia²²⁰, aunque sea de forma intuitiva²²¹. Por supuesto que no siempre es así²²², pero suele ser así, porque cualquiera que fuere la concepción que tengamos de la Justicia, evidentemente no está basada en un error²²³. Y por ello, como

²¹⁶ Como dice MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria*, cit., p. 65, «la convicción es la medida psicológica de la certeza».

²¹⁷ J. CARRERAS LLANSANA, «Las fronteras del juez», en FENECH y CARRERAS, *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1962, p. 124.

²¹⁸ TARUFFO, *La semplice verità*, cit., p. 86: «il Cardinal Bellarmino era assolutamente certo del fatto che il sole girasse intorno alla Terra, ma la profondità del suo convincimento non rendeva vera la teoria di cui era convinto».

²¹⁹ L. G. LOMBARDO, «Riflessioni sull'attualità della prova legale», *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1992, p. 614. SILVA MELERO, «Presunciones e indicios en el proceso penal», *RGLJ*, 1944, p. 527.

²²⁰ De forma parecida lo expresa SCHMITT, *Die richterliche Beweiswürdigung*, cit., p. 176: «Wahrheit und Gerechtigkeit sind das Ziel jeglichen Urteils, Voraussetzung für ein richtiges Beurteilen der Beweise und damit für ein gerechtes Urteil ist das korrekte Feststellen des Sachverhaltes». Vid. también J. de los S. MARTÍN OSTOS, *Las diligencias para mejor proveer en el proceso civil español*, Madrid, 1981, p. 106. TARUFFO, *La semplice verità*, cit., p. 118.

²²¹ S. CHIARONI, «Processo civile e verità», *Questione Giustizia*, 1987, p. 504.

²²² También hay que reconocer que tiene un cierto papel el impacto sociológico de la decisión, lo que puede hacer cambiar, realmente, el juicio probatorio. En esta línea, aunque sin exageraciones, van las palabras de EGGLESTON, *Evidence, Proof and Probability*, cit., p. 31: «The judge is not expected to choose the most probable version of the facts without regard to the consequences. The utility or disutility of his decision must also be taken into account».

²²³ La acertada frase es de SAKS y KIDD, «Human information processing and adjudication», cit., p. 213: «Whatever justice may be, surely it is not error». Y añade en la p. 214: «A trial may indeed be more than a search for the truth in a given matter; but surely it is not less». En sentido similar, IGARTUA SALAVERRÍA, *Valoración de la prueba*, cit., p. 26.

orientación o guía²²⁴ parece que el concepto de «verdad», o la proyección de su imagen en la mente del juez, es correcta para que valore debidamente la prueba sin confiar simplemente en su convicción/intuición, aunque finalmente sea esa convicción la que equivalga a «su» verdad. Y sin necesidad de que practique prueba de oficio. Si no se le quiere llamar «verdad», llámesele «verosimilitud», o utilícese cualquier otra terminología que no sea filosóficamente tan radical²²⁵. Pero no se aparte nunca al juez de que el objetivo final es el descubrimiento de la realidad de los hechos en la medida en que sea posible. Si el legislador ha creído que a esa realidad se llega mejor sin intervención del juez en la prueba, salvo en el momento de admitir y valorar, se habrá optado por una opción posible en esta materia. Y si se le permite intervenir en la proposición a través de la prueba de oficio, se habrá optado por otra opción que, desde luego, restringe los poderes de las partes en el proceso. Pero en ambos casos el objetivo será el mismo: el acercamiento en la mayor medida posible a la realidad de los hechos.

Piénsese, además, que no existe un concepto alternativo como guía de la actividad de valoración, a poco que se piense y se despoje al concepto de verdad de toda la carga filosófica, política y hasta religiosa que ha padecido. En realidad, cuando se practica prueba es porque no sabemos cómo ha sucedido algo. Queremos saber cómo ha acaecido. Deseamos conocer la realidad. Ésa es la situación en un juicio jurisdiccional, y no difiere en absoluto de la situación con la que nos enfrentamos cuando realizamos un experimento científico. También queremos conocer la realidad. Pocas veces accedemos a ella de modo completamente acabado, pero nos vamos acercando cada vez más, porque es lo único que nos es útil. Si la prueba no tiene esa finalidad, el proceso sería en realidad una pantomima de enfrentamiento ante un espectador forzado: el juez. Devendría un completo sinsentido, porque para que dos litigantes batallen no necesitan para nada, en realidad, a un juez. Si el juez está ahí es porque se ha percibido la necesidad de que alguien imparcial determine cuál es la realidad de los hechos que produjo la discusión, y basándose en la misma llegue a una resolución.

²²⁴ «Excluir el concepto de verdad del fin práctico que se propone la prueba no significará nunca que renunciemos a obtenerla. (...) El juez debe hacer con la verdad lo mismo que hace el navegante: enlazar proa hacia la estrella polar que le servirá de norte aunque jamás piense en amarrar a su vera». MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria*, cit., p. 64.

²²⁵ Tratando también con cierto relativismo el concepto de «verdad», V. DENTI, *La verificazione delle prove documentali*, Torino, 1957, p. 19.

IV. BASES PARA UNA ADECUADA VALORACIÓN PROBATORIA

En los capítulos anteriores se ha resumido prácticamente todo lo que han dado de sí los estudios sobre la prueba hasta el momento, lógicamente en cuanto a la actividad de valoración se refiere, al menos en lo que atañe a los resultados de las distintas investigaciones llevadas a término. Por consiguiente, quizás podría concluirse aquí esta obra, y dejar que el lector se formara su propio criterio sobre la valoración.

Pero ello supondría una traición. En primer lugar, como se verá más adelante y puede empezar a inferirse de lo tratado, mucho de lo expuesto, quizás la mayor parte, no es posible utilizarlo directamente, sin más concreción, a la hora de valorar específicamente cada prueba, por lo que si se abandonara aquí esta obra se dejaría al lector ante una tremenda decepción cuando intentara aplicar al caso concreto todo lo explicado. Y en segundo lugar, concluir aquí la obra supondría dejar sin resolver el punto principal de este trabajo, y de hecho la razón que me impulsó a escribirlo. La voluntad es explicar, con sencillez, cómo debería valorarse la prueba, sin escudarse en la tradicional y oscura remisión a las «máximas de experiencia» o criterios similares. A ello dedicaré fundamentalmente el capítulo siguiente a éste, que será el último de esta obra.

Es preciso, antes de abordar esa materia, entrar en otro tema al que suele atenderse muy poco. En los últimos años, por fortuna, ha habido juristas que han intentado explicar en qué consistía la actividad de valoración de la prueba, sin escudarse en la clásica y ambigua alusión a las máximas de experiencia. Pero sin embargo, se ha descuidado bastante el importante punto de los fundamentos de la valoración probatoria. Es decir, se trata de describir cuáles son las mejores condiciones para que la actividad de valoración probatoria se lleve a cabo adecuadamente. Se ha hablado poquísimos de la formación de los jueces en este sentido. También se ha acostumbrado a dejar de lado el estudio de la actividad de recopilación de la prueba, y se ha per-

dido de vista por completo que en la valoración probatoria juega un papel destacadísimo la conservación de la imparcialidad judicial, que se ha solido estudiar desconectada de los temas probatorios.

La doctrina ha hablado solamente de prueba ilícita o de las llamadas prohibiciones de prueba, así como de la motivación de la valoración de la prueba. Pero con respecto al primer punto se ha entrado en un casuismo muy poco aceptable. Y en relación a la motivación, pocas veces se le han indicado al juez qué reglas básicas debería tener en cuenta a fin de razonar correctamente su juicio probatorio.

A todo ello dedicaré el presente capítulo, teniendo presente que la correcta observancia de lo que se diga se enfoca a asegurar, al menos, una regular actividad de valoración probatoria. Pero para que ésta tenga las mayores posibilidades de ser correcta se requiere algo más, y a ello le dedicaremos el último capítulo. En él intentaré ofrecer una mecánica de valoración que supere las dificultades prácticas a las que conduce, en el fondo, la mayoría de lo que se ha dicho en el anterior capítulo.

1. LA FORMACIÓN DE LOS JUECES EN MATERIA PROBATORIA

Si se consulta el programa de oposiciones de acceso a la judicatura en España, se podrá comprobar cómo la preparación en materia probatoria es muy insuficiente e inadecuada. Se estudian simplemente los temas de la prueba como se solía hacer durante el Grado de Derecho, es decir, desde un punto de vista solamente procedimental¹. Una vez superada la oposición y

¹ Al amparo del anexo al Acuerdo de 12 de marzo de 2008 de la Comisión de Selección del art. 305 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de los 360 temas que forman la oposición, y de los 62 que forman el programa de Derecho Procesal Civil y los 37 temas de Derecho Procesal Penal, sólo nueve temas están dedicados a la prueba, y no completamente. Tienen el siguiente tenor (*PROCESO CIVIL*): **Tema 25. La prueba, I.** Concepto de prueba. Las afirmaciones fácticas como objeto de la prueba; afirmaciones fácticas exentas de prueba; admitidas y notorias. La prueba del Derecho. Carga de la prueba. Proposición y admisión de la prueba; licitud de la prueba; pertinencia y utilidad. Anticipación y aseguramiento de la prueba. Valoración de la prueba. **Tema 26. La prueba, II.** Los medios de prueba (1). Documentos: aportación al proceso. Clases. Valor probatorio. **Tema 27. La prueba, III.** Los medios de prueba (2). El interrogatorio de las partes. Reconocimiento judicial. Las presunciones: Concepto, naturaleza y clases de presunciones. **Tema 28. La prueba, III.** Los medios de prueba (3). Testigos. Peritos. Medios de reproducción del sonido o la imagen e instrumentos de archivo. Diligencias finales (*PROCESO PENAL*). **Tema 9. El proceso por delitos graves, I.** El proceso penal tipo; sus fases; carácter supletorio de su regulación. Incoación del proceso: denuncia; querrela; atestado; incoación de oficio. La investigación preprocesal y sus diferencias con la instrucción. La investigación por el Ministerio Fiscal. Las actuaciones de la Policía Judicial. El agente encubierto. La entrega vigilada. **Tema 10. El sumario, II.** Comprobación del delito; cuerpo del delito. Identificación del presunto delincuente y sus circunstancias personales. La inspección ocular. Declaraciones testificales y actos de pericia en el sumario y su valor. Aportación de documentos y otras piezas de convicción. Los medios de investigación sobre la persona: reconocimientos médicos; pruebas alcoholimétricas y registros personales. **Tema 11. El sumario, III.** Medidas limitadoras de derechos fundamentales: la entrada y registro en lugar cerrado; la intervención de comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas. **Tema 17. La prueba.** Concepto; objeto; medios de prueba. Proposición, admisión o denegación; prueba anticipada; proposición en el acto del juicio; prueba acordada *ex officio*. Las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales. La prueba producida irregularmente. **Tema 18. Valor probatorio de**

ya en la Escuela Judicial, en los últimos años se ha impartido una relevante docencia en esta materia², sobre todo a la hora de motivar el juicio fáctico de la sentencia, y se ha intentado potenciar este tradicional punto débil, no sólo con la elaboración de resúmenes fáctico-jurídicos de los casos que se les plantean a los jueces en prácticas³, sino con la resolución de supuestos concretos siguiendo el método del caso⁴, así como con un curso monográfico sobre medios de prueba en el proceso civil que sigue el método de la clase magistral y la resolución posterior de cuestionarios⁵. Todo ello se completa con una «actividad» sobre los poderes del juez en el proceso civil⁶. En la docencia sobre proceso penal están previstas algunas sesiones sobre la instrucción, que intentan destacar, sobre todo, el diseño de la actividad investigadora del juez de instrucción y la relevancia de las medidas de investigación restrictivas de derechos fundamentales. Pero con respecto a la prueba en el juicio oral sólo están previstas tres sesiones⁷, si bien existe una actividad específica sobre valoración y motivación de la prueba⁸, y otra sobre argumentación jurídica⁹. La docencia se completa con algún seminario más, como el de «investigación en procesal civil»¹⁰ o el de la prueba electrónica durante la instrucción penal¹¹.

Superada esa fase de docencia, los jueces pasan a realizar el periodo de prácticas tuteladas, que cubre aproximadamente los últimos 9 meses de esos dos años de formación posteriores a la superación de la oposición¹².

El problema de todas estas enseñanzas no es la metodología. Ni siquiera la duración de estas actividades que, probablemente, con el tiempo del que se dispone, lo cierto es que poco más se puede hacer, salvo que se desplace a otras materias también relevantes. Tampoco es un problema la abnegación y la preocupación por la materia probatoria que han demostrado muchos de los docentes que han existido en la Escuela Judicial en los últimos años, y que me consta personalmente.

Todas estas enseñanzas están bastante basadas, en diferentes proporciones, en lo indicado en el epígrafe anterior, sobre todo últimamente en el apartado epistemológico y psicológico. Lo cual quiere decir que la asistencia que dispensan al juez a la hora de motivar, ha permitido corregir muy relevantemente muchos de los defectos que se padecían —y se siguen padeciendo— en

lo actuado en el sumario; análisis del art. 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La prueba preconstituida. La declaración del acusado. Pruebas testifical, pericial y de inspección ocular. La prueba documental. La prueba por indicios.

² Así se desprende del Plan Docente de la 60.ª promoción de la carrera judicial para el curso 2008-2010.

³ Plan Docente de la 60.ª promoción de la carrera judicial para el curso 2008-2010, p. 10.

⁴ *Ibid.*, p. 20.

⁵ *Ibid.*, p. 25.

⁶ *Ibid.*, p. 26.

⁷ *Ibid.*, p. 32.

⁸ *Ibid.*, p. 35.

⁹ *Ibid.*, p. 35.

¹⁰ *Ibid.*, p. 45.

¹¹ *Ibid.*, p. 47.

¹² *Ibid.*, p. 7.

materia de motivación, pese a que después, en la realidad práctica del juez, la insoportable acumulación de asuntos frustre buena parte de ese aprendizaje. De este modo se ha potenciado de manera relevante la enseñanza en la auténtica actividad de «valoración» de la prueba, en bastante mayor medida de lo que se refleja en el plan de estudios que veremos seguidamente, lo que quizás debería provocar un replanteamiento profundo de esos contenidos que recoge el plan, reflejando la realidad de lo que sucede actualmente en estas actividades de formación, en la línea que expondré seguidamente.

A) La insuficiencia del estudio meramente procedimental, o presuntivo, de la prueba

Tradicionalmente, el estudio de la prueba se ha realizado al hilo de una exégesis de los preceptos legales sobre la misma. Poquísimas veces se ha ido más allá. Se ha citado jurisprudencia durante la explicación, se ha teorizado sobre la verdad, sobre la carga de la prueba y sobre las máximas de experiencia, y realmente poco más. Sólo los autores que han estudiado en profundidad la actividad presuntiva del juez¹³ han abordado directamente, aunque sólo en parte, el razonamiento judicial en la valoración de la prueba. Pero en lo que se refiere al resto de actividad probatoria que no se cifra en una presunción, el estudio de la valoración ha permanecido en terreno prácticamente desértico.

Repasemos la cuestión muy brevemente por medios de prueba en el proceso civil. Con respecto a la declaración de las personas, se nos explica quién puede declarar y quién puede ser tachado —lo que no es sino una reminiscencia de las pruebas legales—, y acto seguido se nos dice qué preguntas se podrán realizar, descartándose las que no tengan que ver con el objeto del proceso o sean capciosas o sugestivas. Tras ello se especifica el orden de la declaración y, finalmente, en el capítulo de la valoración se dice que es libre, sin más¹⁴. Con respecto a la prueba pericial se especifica cómo proceder a la elección, nombramiento y tacha o recusación de los peritos, así como de su retribución. Se habla después de la respuesta a las preguntas sobre el dictamen pericial. Y finalmente, llegando a la valoración probatoria, se nos dice simplemente que es libre. En relación a la prueba de reconocimiento judicial, al margen de la posibilidad de práctica conjunta con otras pruebas, no se dice nada en absoluto con respecto a la valoración, lo que no obstante tiene una explicación que veremos más adelante. Y en relación con la prueba documental, se citan algunos documentos como de valor legal en algunos de sus extremos, y tras la explicación de los momentos de aportación de los do-

¹³ Por todos, M. SERRA DOMÍNGUEZ, *Normas de presunción en el Código Civil y en la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Barcelona, 1963. L. MUÑOZ SABATÉ, *Tratado de probática judicial*, Barcelona, 1992. M. MIRANDA ESTRAMPES, «Las presunciones», en *Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, t. II, Barcelona, 2000, pp. 511 y ss. P. ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, *La prueba por presunciones. Particular referencia a su aplicación judicial en supuestos de responsabilidad extracontractual*, Granada, 2007.

¹⁴ Salvo en España para la declaración de partes, en el confuso sentido que ya se refirió del art. 316 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

mentos, la resistencia a aportarlos y sus consecuencias, nos quedamos en lo de siempre: salvo con respecto a los documentos referidos, la valoración es libre.

Y con respecto al proceso penal, la actividad legislativa es más o menos idéntica, con algún precepto que también trae reminiscencias de la prueba legal, que nos dice por ejemplo que no se condene a una persona por su simple autoinculpación (art. 406 LECrim), y se recuerda que el testimonio de un policía es como cualquier otro y, por tanto, no tiene valor privilegiado (art. 717 LECrim). Pero finalmente, el art. 741 LECrim le dice al juez que valore la prueba «según su conciencia», dejando a la jurisprudencia toda la actividad que a duras penas se ha ido desempeñando a través de la mínima actividad probatoria y la presunción de inocencia¹⁵, que ya fue referida más atrás.

No es ya que, como afirma MUÑOZ SABATÉ, no se explique «cómo probar»¹⁶, que desde luego que es importante, sino que no se explica siquiera cómo valorar los resultados de los medios de prueba. Porque supongamos que se ha llevado a cabo toda esa actividad probática de manera correcta. ¿Cómo se valoran los resultados obtenidos? Prácticamente nada de lo que se explica actualmente en la docencia teórica de la prueba en la Universidad se centra en cómo valorar. Como dije, los autores se refugian en las máximas de experiencia y en el estudio procedimental del medio de prueba. Pero, salvo excepciones, no se va más allá.

Es decir, no se explica en absoluto en qué situaciones un testimonio resulta o no creíble. Solamente acudiendo al proceso penal, al amparo de la jurisprudencia, cabe encontrar algunas orientaciones para valorar esa credibilidad, como ya vimos anteriormente. Pero con respecto al proceso civil no se realiza ni la más mínima precisión de cómo puede considerarse creíble la declaración de una persona. Y siendo ello así, cabe preguntarse por qué celebramos esta prueba, si finalmente se depende por completo de lo que le parezca al juez, que tampoco tiene criterios precisos para valorar esa credibilidad, al menos en el sentido que será analizado después en el último capítulo. Con ello, el juez simplemente utiliza lo más sesgado de su sentido común más cotidiano, intentando adivinar expresiones faciales que personalmente, sin criterio científico alguno, le parezca que expresan mentira. O en el mejor de los casos deduciendo a través de la declaración que el relato que realiza el declarante es o no coherente, sin darse cuenta de que la mayoría de incoherencias de un testimonio no evidencian que una persona esté mintiendo, sino que en realidad no recuerda lo que ocurrió, y es incapaz de darse cuenta de que en realidad no lo recuerda. Como digo, lo veremos más adelante.

Pero con respecto a la prueba pericial sucede lo mismo. Más que de otro modo, el juez valora un dictamen pericial en función de lo sencilla o accesible que le resulta su lectura, porque normalmente no tiene la formación sufi-

¹⁵ Que también supone, por cierto, una restricción de la libre valoración propiamente dicha. Vid. MEURER, *Beweis und Beweisregeln*, cit., p. 360.

¹⁶ L. MUÑOZ SABATÉ, *Introducción a la probática*, Barcelona, 2007, p. 12.

ciente para saber si lo que se dice en un dictamen es cierto o falso. Y cuando el perito acude a declarar, el juez actúa del mismo modo que ante un testigo o un litigante, es decir, con los mismos sesgos fundamentalmente sociológicos que acabo de indicar, lo que hace que su valoración del dictamen, en muchos casos, no exista en realidad.

Exactamente igual puede suceder en un reconocimiento judicial. El juez se pondrá frente a una realidad que es posible que no entienda, porque no conozca el terreno, ni las causas de lo sucedido. Por ello, podrá acompañarse de partes, testigos y peritos, con todos los inconvenientes ya referidos en cuanto a la valoración de los datos que vayan surgiendo de sus declaraciones.

Sólo con respecto a la prueba documental parece que no deberían existir tantísimos inconvenientes. El juez leerá lo que esté en el escrito, pero nuevamente tendrá que valorar la credibilidad de lo que lee, salvo que le venga impuesta por la ley, o por las partes si no impugnaron la autenticidad del documento. Pero eso sucede en el proceso civil. En el proceso penal el juez valorará también libremente esta prueba, y volverá a encontrarse con el problema de la credibilidad, en este caso de lo que ha quedado reflejado por escrito. Y no sólo eso, sino de lo que puede inferirse de lo que en ese documento quedó reseñado, en el sentido de que el autor del escrito pudo no querer decir lo que dijo, lo que obligará al juez a profundizar en las motivaciones del autor del documento.

Sin embargo, cuando se imparte la docencia sobre prueba documental, el jurista tampoco es instruido para que realice correctamente esa interpretación de la credibilidad de textos. Salvo ya en la Escuela judicial y con las escasas oportunidades horarias que ofrece el plan de estudios. Y es que pareciera que el legislador da por hecho que todo lo que se escribe en un escrito es auténtico. Y si así fuera, la simulación contractual, que puede constar en documento público incluso, no existiría jurídicamente hablando. Y es que para descubrir esa simulación, el juez no tiene otro remedio que acudir a los indicios que, al margen del documento, concurren en el caso concreto. Y tampoco se le enseña con la profundidad que sería deseable —también para los docentes— a realizar dicha actividad de valoración.

En resumidas cuentas, como ya indiqué líneas atrás, el estudio de la valoración de la prueba es absolutamente insuficiente. Y me reafirmo en la opinión de que los únicos que, hasta el momento, han ayudado más al juez en esa tarea son los que han estudiado las presunciones, como esquema de razonamiento, y los que han intentado describir la epistemología de la valoración probatoria, pese a que las conclusiones de unos y otros sólo hayan servido, finalmente, para ordenar el pensamiento judicial en el momento de la motivación. Quizás lo más útil que se ha escrito en la doctrina sobre la valoración hayan sido los tratados de indicios¹⁷, que al menos han sistematizado la materia a través de los hechos que más comunmente deben probarse en el proceso, así como de los indicios que habitualmente les acompañan, a

¹⁷ Las completas obras de MUÑOZ SABATÉ, ya citadas, *Tratado de probática judicial* y la *Summa de probática civil. Cómo probar los hechos en el proceso civil*, van en esa línea.

fin de que identificando esos indicios, podamos ser capaces de averiguar el hecho presunto. Para ello esas obras utilizaron un gran —y útil— despliegue de jurisprudencia que permite tener una cierta experiencia de campo en este sentido.

Pero el problema es que esas obras, en el fondo, no acaban de superar el enfoque procedimental, aunque la intención era separarse del mismo definitivamente. Y ello porque se sitúan sobre todo en la perspectiva del actor o el demandado que alega y quiere aportar hechos al proceso en la forma que le indica la ley. Pero no se tiene tan en cuenta quizás la posición del juez ante ese indicio, a la hora de valorarlo, porque simplemente se le dice al juez que ese indicio en diversos casos ha sido considerado como fundamentador de una presunción. Pero a partir de ahí se abandona al juez ante la tesitura de considerar lo mismo en otro caso concreto, sin darle más ayuda.

Por añadidura, estas obras provocan una fragmentación en el análisis de la materia que hace que, muchas veces, el estudio de estas obras no sea abaricable, y difícilmente pueda conferirle al juez una formación global sobre cómo valorar los hechos que tenga ante sí. Porque, además, aunque esos hechos sean tratados en esas obras como indicios, muchas veces no lo son, porque agotan la prueba en sí mismos sin necesidad de construir una presunción. Esos hechos, en esas situaciones no presuntivas, simplemente son la base de un razonamiento que, al poder expresarse al estilo de un silogismo, ha podido ser confundido en ocasiones con una presunción, cuando en realidad de lo que se trataba era de un simple esquema de razonamiento expresado con los parámetros de la lógica formal. Por ejemplo, la posesión del título¹⁸, o el uso de la cosa¹⁹, no es que sean indicios de la titularidad, sino que expresado en un esquema silogístico, son premisas que conducen a una conclusión, la titularidad, pero no siempre como indicios, sino como premisas de ese hecho jurídico que no se presumirá, sino que constará con esas premisas. Se convertirán en indicios solamente si, por ejemplo, el título es muy antiguo y está corrompido, o el uso de la cosa sólo se puede acreditar durante un tiempo indefinido, que no se sabe exactamente si es el mínimo exigido legalmente. Aunque en ese caso, en realidad, el uso no será un indicio, sino que para acreditar el uso harán falta otros indicios, o quizá hechos que acrediten directamente ese uso, sin necesidad de elucubrarlo, como sucede con una presunción.

No obstante, no pretendo que mis palabras se interpreten como un des- crédito a los tratados de indicios, que es completamente contrario a mis ideas sobre los mismos. En primer lugar, dichos tratados son muy útiles, sobre todo para los abogados a la hora de construir sus alegaciones. En segundo lugar, insisto en que son probablemente las obras que, dentro de lo que cabe, más se han acercado a la materia de la valoración de la prueba, aunque se hayan quedado simplemente en la parte del importante estudio de campo de los diferentes indicios existentes en la realidad jurídica. Y en

¹⁸ MUÑOZ SABATÉ, *Tratado de probática judicial*, cit., t. II, p. 62

¹⁹ *Ibid.*, t. II, p. 52.

tercer lugar, debo decir que a mí mismo como procesalista científico me han sido utilísimos esos tratados de indicios, porque me han proporcionado ese trabajo de campo que resulta imprescindible para profundizar en la valoración de la prueba. Realmente, la recopilación de esos indicios es una labor complicadísima de realizar de manera correcta y prácticamente exhaustiva y resulta esencial para sentar las bases de la valoración de la prueba.

Pero falta dar el siguiente paso, que se ha dado ya en la docencia judicial pero no de modo absolutamente definitivo, porque no se refleja en el plan de estudios, como ya dije. Es preciso enseñarle al juez cómo debe valorar cada prueba. El tratado de indicios le puede dar una pista, que puede ser muy buena, de aquello en lo que se tiene que fijar, pero no le va a decir, finalmente, cómo valorar realmente lo que encuentre. A ello, como vengo diciendo ya muy reiteradamente, dedicaré el último capítulo de esta obra.

B) La enseñanza en materia de valoración de la prueba

Por consiguiente, la docencia sobre la valoración de la prueba debería adaptarse a las directrices que acabo de exponer, además de las que se explicarán a continuación²⁰. No puedo avanzar en este epígrafe mucho de lo que será tratado en el capítulo siguiente. Pero sí que debo decir que prescindiendo del procedimiento de la proposición y práctica de cada prueba, que es sin duda lo más sencillo —y también lo más tedioso— de aprender, la enseñanza del juez en materia de valoración tiene que contener, fundamentalmente, dos bloques principales, que son adicionales a la enseñanza procedimental, que es la que básicamente se ha realizado hasta ahora:

1.º Bloque.—«*La averiguación de los hechos*»: es imprescindible el aprendizaje por parte de un juez de los hechos más típicos —indiciarios o no— que suelen encontrarse en los contextos más frecuentes de la realidad procesal. La enseñanza de esta materia no es tan sencilla como un aprendizaje memorístico de jurisprudencia, porque también hay que conocer cómo se extraen dichos hechos de cada fuente de prueba, así como la organización de esos hechos una vez que se han obtenido a través de la práctica de los medios de prueba, a fin de que sean más fácilmente comprensibles.

Es decir, de lo que se trata es de que un juez pueda identificar fácilmente un hecho como característico de una determinada situación. Por ejemplo, uno de los indicios más típicos de la simulación contractual suele ser lo que se conoce con el nombre de «*omnia bona*», que significa que el simulador ha enajenado con ese negocio todo su patrimonio, o la parte más significativa del mismo²¹. Si pasamos al proceso penal, un buen indicio de agresión sexual podría ser la presencia de lesiones en la víctima, así como de restos biológicos —de obtención violenta— adheridos a las ropas o a las uñas de la víctima, así como laceraciones en el agresor.

²⁰ Aunque no es el primer intento reciente de hacerlo. Vid. MUÑOZ SABATÉ, *Introducción a la probática*, cit., p. 11.

²¹ MUÑOZ SABATÉ, *Tratado de probática judicial*, cit., t. I, p. 375.

Y eso en cuanto a los indicios. En cuanto a los hechos que no constituyen indicios plantean muchos menos problemas, porque son pruebas directas fácilmente reconocibles y a las que se puede aplicar con sencillez la consecuencia jurídica. Son más frecuentes en el proceso civil que en el penal, puesto que en este último, al haber sucedido los hechos normalmente de forma clandestina, casi siempre hay que contar con los indicios.

De todos modos quisiera dejar claro que con esta exposición de hechos característicos no concluye la labor docente en este apartado. Hay que saber cómo se obtienen los hechos de las diversas fuentes de prueba. En este sentido, es fundamental que el juez conozca bastante mejor que ahora la manera de obtener los hechos de las pruebas periciales, y de la prueba de declaración de personas. No es preciso que se haga la misma enseñanza con respecto a la prueba documental, porque agota su explicación en el punto de la «credibilidad» que veremos después. Y con respecto a la prueba de reconocimiento judicial, todos los conocimientos que adquiera en el aprendizaje de las pruebas periciales le van a ser útiles en ese medio de prueba, porque se suele utilizar la misma ciencia, cuando lo observado no depende simplemente de la cultura general de un hombre medio.

Como decía, en primer lugar es imprescindible una explicación de la manera de trabajar de los peritos en los más diversos ámbitos, para que el juez sepa los detalles más relevantes de su trabajo y su *modus operandi*. Entiéndase bien, la explicación no tiene que centrarse en los detalles científicos de la pericia, que lógicamente no se pueden exigir en la formación de un jurista-juzgador, al menos para darle la *venia iudicandi*. Pero sí en la manera de trabajar y elaborar el dictamen. Consiste en saber, por ejemplo, cómo se recogen los restos biológicos o qué significan las evidencias cadavéricas más importantes. No consiste en instruir al juez para aprender a realizar una autopsia. Lo que debiera aprenderse en proceso penal puede condensarse, en su mayor parte, en una ciencia llamada «Criminalística»²², que enseña los conocimientos que solemos ver aplicados en cualquier película cinematográfica en la que se refleja la investigación de delitos. Un juez debe saber, por ejemplo, que normalmente una huella dactilar no puede hallarse en un papel o en superficies rugosas. Tampoco puede el juez ignorar que con un pelo no se puede realizar una prueba de ADN, salvo que el pelo conserve todavía el folículo.

Otras actuaciones periciales también deberían ser objeto de atención: por ejemplo, los dictámenes sobre tasaciones de daños en personas, inmuebles o vehículos. O bien los dictámenes arquitectónicos o de ingeniería sobre las causas del mal funcionamiento de instalaciones de todo tipo. O dictámenes topográficos. O bien dictámenes químicos o farmacéuticos. Insisto en que lo que se imparta sobre todo ello debe ser superficial, pero debe transmitir al juez que dicho dictamen existe y cómo se hace. En realidad consistiría en

²² P. LÓPEZ CALVO y P. GÓMEZ SILVA, *Investigación Criminal y Criminalística*, Bogotá, 2000. C. A. GUZMÁN, *Manual de Criminalística*, Buenos Aires, 1997. J. MONTELL SOSA, *Manual de Criminalística*, México, 1986. J. A. REYES CALDERÓN, *Tratado de Criminalística*, México, 1998.

que cada perito, en pocas sesiones, explicara con sencillez y resumidamente lo más importante de su trabajo. Aunque esas sesiones se limitaran a una exposición que después no fuera evaluable para el alumno, el juez en formación ganaría unos preciosos conocimientos que a día de hoy lo cierto es que no tiene, lo que dificulta con gran frecuencia la inteligencia de los dictámenes periciales.

Por otra parte, en cuanto a la prueba de declaración de personas debería ser esencial el aprendizaje de las técnicas del interrogatorio. Hasta ahora únicamente se enseña en las leyes que no se pueden realizar preguntas que contengan valoraciones²³, o que sean capciosas o sugestivas²⁴. O que no se puedan formular cargos ni reconvenciones²⁵, o que los interrogatorios al imputado no pueden durar demasiado tiempo²⁶. Creo que se comprende que solamente con estos poquísimos elementos no se está en condiciones de realizar un buen interrogatorio. En este epígrafe no debo extenderme más en este tema, pero simplemente querría añadir en este momento que es esencial que el juez conozca las técnicas de los interrogatorios y tenga nociones sobre los procesos de la memoria de las personas, porque eso es lo que más puede condicionar un interrogatorio. Es una parte relevante de lo que, junto con la argumentación, antiguamente se denominó «retórica», y que tantas veces ha obtenido eficazmente declaraciones concluyentes de los interrogados. Actualmente dicha técnica es objeto de estudio por diversos especialistas, y no puede durar por más tiempo la situación de que sigamos creyendo que un abogado, o un juez, es un buen interrogador sin saber exactamente por qué. Y sobre todo, sin que el juez sepa realmente por qué, quedando todo ese buen hacer en la técnica del interrogatorio completamente envuelto en un intrigante, y muchas veces incomprensible, halo de misterio, que beneficia al más pícaro, pero que desde luego no sirve al esclarecimiento de la realidad de los hechos.

Por último, como dije, el juez debe conocer la manera de organizar los hechos que se vayan extrayendo de los medios de prueba. Aparte del acta de las vistas, o su grabación, muchos jueces van tomando notas conforme

²³ Art. 368. Contenido y admisibilidad de las preguntas que se formulen. 1. Las preguntas que se planteen al testigo deberán formularse oralmente, en sentido afirmativo, y con la debida claridad y precisión. No habrán de incluir valoraciones ni calificaciones, y si éstas se incorporaran, se tendrán por no realizadas.

2. El tribunal decidirá sobre las preguntas planteadas en el mismo acto del interrogatorio, admitiendo las que puedan resultar conducentes a la averiguación de hechos y circunstancias controvertidos, que guarden relación con el objeto del juicio.

Se inadmitirán las preguntas que no se refieran a los conocimientos propios de un testigo según el art. 360.

²⁴ Art. 439 LECrim. No se harán al testigo preguntas capciosas ni sugestivas, ni se empleará coacción, engaño, promesa ni artificio alguno para obligarle o inducirle a declarar en determinado sentido.

²⁵ Art. 396 LECrim. [...] En ningún caso podrán hacerse al procesado cargos ni reconvenciones, ni se le leerá parte alguna del sumario más que sus declaraciones anteriores si lo pidiere, a no ser que el juez hubiese autorizado la publicidad de aquél en todo o en parte.

²⁶ Art. 393 LECrim. Cuando el examen del procesado se prolongue mucho tiempo, o el número de preguntas que se le hayan hecho sea tan considerable que hubiese perdido la serenidad de juicio necesaria para contestar a lo demás que deba preguntársele, se suspenderá el examen, concediendo al procesado el tiempo necesario para descansar y recuperar la calma. Siempre se hará constar en la declaración misma el tiempo que se haya invertido en el interrogatorio.

asisten a la práctica de la prueba. Pues bien, consiste en que los alumnos aprendan a realizar un buen mapa de los hechos que van surgiendo de los medios de prueba, que les va a ser de gran utilidad, no sólo en la valoración de la prueba, sino también en su motivación.

Como capítulo adicional en este mismo bloque, quizás sería interesante introducir un breve aprendizaje sobre la imparcialidad judicial en materia de valoración de la prueba. No puedo justificar aquí su inclusión puesto que dedicaré el siguiente grupo de epígrafes a esta cuestión. A dicha explicación me remito.

Todo ello es fundamental. Por supuesto que todo ese aprendizaje, si se le dedica el tiempo debido, va a retrasar la formación del juez, pero a cambio de que tenga los conocimientos suficientes para poder valorar un dictamen pericial o la declaración de una persona, así como para juzgar sobre la admisibilidad de dichas pruebas. Eso sí, no creo que se trate de conocimientos que deban adquirirse en la fase teórica de la oposición, sino en una etapa de formación posterior, porque se trata sobre todo de conocimientos aplicados. En cualquier caso, no debería durar por más tiempo la situación que vivimos hoy en día, en la que muchos suponen —erroneamente en la mayoría de las ocasiones— que esos conocimientos pueden adquirirse sobre la marcha en la práctica, a salto de mata de los asuntos que entran aleatoriamente en su juzgado, que es lo que en el mejor de los casos, salvo excepciones, ha ocurrido tradicionalmente. Afortunadamente, no es ése el sentir de muchos profesores de la Escuela judicial, que están luchando precisamente para que se acabe definitivamente con esta manera de ver las cosas.

2.º Bloque.—«La credibilidad»: con el aprendizaje anterior, el juez ya sabrá qué es lo que va a encontrarse, por regla general, en un supuesto concreto, y sobre todo tendrá conocimientos precisos de cómo se obtienen los hechos de la práctica de cada medio de prueba, de la manera más eficaz.

Pero una vez que sabe lo que puede encontrarse, tiene que aprender también que no todos los resultados de los medios de prueba, por típicos de una situación que sean, se valoran de la misma forma, porque un mismo hecho puede tener diferentes significados en contextos distintos. Por tanto, tiene que aprender a valorar la credibilidad que resulte de cada medio de prueba, y esa es, sin duda, la actividad más compleja y la que prácticamente se ha descuidado por completo en la docencia probatoria. Vayamos por partes.

Con respecto a la prueba de declaración de personas, hasta el momento el ordenamiento lo único que nos ha dicho es que las respuestas deben ser concretas²⁷ y que son rechazables las respuestas evasivas o inconcluyentes.

²⁷ Art. 305 LEC. Modo de responder al interrogatorio. 1. La parte interrogada responderá por sí misma, sin valerse de ningún borrador de respuestas; pero se le permitirá consultar en el acto documentos y notas o apuntes, cuando a juicio del tribunal sean convenientes para auxiliar a la memoria.

2. Las respuestas habrán de ser afirmativas o negativas y, de no ser ello posible según el tenor de las preguntas, serán precisas y concretas. El declarante podrá agregar, en todo caso, las explicaciones que estime convenientes y que guarden relación con las cuestiones planteadas.

tes²⁸. Pero ha excluido completamente cualquier otra valoración de las respuestas en sí mismas, o incluso de la actitud de los testigos, que los jueces interpretan en la actualidad de modo completamente intuitivo. Y no se diga que ello sería absurdo disponerlo en una ley, porque no es más absurdo —*rectius* más lógico— que rechazar una pregunta evasiva, y eso sí lo dicen las leyes. En todo caso, se trata de que la persona declare de la manera más objetiva posible. Y que si no es así, el juez sepa descubrirlo para valorarlo en su declaración. No puedo extenderme más en esta explicación porque ello constituye materia que será objeto de tratamiento en el último capítulo.

Con respecto a los dictámenes periciales, el Juez tiene que revisar que los mismos reúnan, no sólo formalmente, todos los criterios científicos de calidad que veremos más adelante. Y, por supuesto, debe contrastar el resultado del dictamen con la evidencia que se obtenga del resto de medios de prueba. Ese contraste puede provocar incluso que acabe separándose de las conclusiones de dicho dictamen, pero ese resultado, desde antiguo, está aceptado por la doctrina²⁹.

Los mismos conocimientos personales que, eventualmente, pueda utilizar para separarse del dictamen pericial, deberá utilizarlos a la hora de realizar el reconocimiento judicial. Se ha dicho con mucha frecuencia que esta prueba está excluida del sistema de valoración, pero veremos más adelante si ello es auténticamente así, o debe el juez realizar una actividad análoga a la que desempeña con el resto de medios de prueba. En todo caso, por ahora baste decir que cuantos más conocimientos posea el juez sobre aquello que observa, mayores posibilidades habrá de que una imagen falsa no le engañe.

Y en relación con la prueba documental, el juzgador debe adquirir los conocimientos necesarios en semiótica, a fin de que pueda interpretar un escrito, no en cuanto a su entendimiento textual, lógicamente, para lo que está sobradamente preparado. Cuando el juez debe valorar la prueba documental realmente, tiene que examinar las motivaciones del autor del escrito. Ninguna redacción es absolutamente completa y exhaustiva, sino que siempre deja lagunas. Un documento en el que una persona de avanzada edad deja en alquiler a otra un inmueble por espacio de 20 años a razón de 50 euros al mes³⁰, podría ser en realidad una donación encubierta, pero formalmente es un arrendamiento. Podría decirse que en este caso existe simplemente una simulación contractual, pero es posible que no fuera así. Es decir, imagínese la diferencia de apreciación que existiría si el contrato de arrendamiento se

²⁸ Art. 307 LEC. **Negativa a declarar, respuestas evasivas o inconcluyentes y admisión de hechos personales.** 1. Si la parte llamada a declarar se negare a hacerlo, el tribunal la apercibirá en el acto de que, salvo que concurra una obligación legal de guardar secreto, puede considerar reconocidos como ciertos los hechos a que se refieran las preguntas, siempre que el interrogado hubiese intervenido en ellos personalmente y su fijación como ciertos le resultare perjudicial en todo o en parte.

2. Cuando las respuestas que diere el declarante fuesen evasivas o inconcluyentes, el tribunal, de oficio o a instancia de parte, le hará el apercibimiento previsto en el apartado anterior.

²⁹ CARNELUTTI, *La prova civile*, cit., pp. 75-76.

³⁰ Para lectores futuros o ajenos al ámbito europeo, 50 euros era el precio medio de unos dos kilos de bombones de una calidad corriente.

hace a favor de una persona de 90 años, o en beneficio de una de 20. En el primer caso, se trata ciertamente de una especie de donación, puesto que aunque el anciano de 90 años no pueda transmitir la propiedad, podrá disfrutar del uso del inmueble durante toda su vida previsible. En cambio, en el primer supuesto se trata ciertamente de un arrendamiento absolutamente legítimo. Por ello, es necesario en este caso tener en cuenta todos los elementos existentes en la situación en concreto, lo que lleva a la conclusión de que para valorar las motivaciones del documento, hay que ir más allá de la mera lectura de ese documento. Exactamente lo mismo hay que hacer en el caso de que un contrato, por ejemplo, contenga cláusulas oscuras.

Antes de continuar, debo volver sobre una cuestión que fue tratada al principio de esta obra. Es necesario precisar que la anterior división de la materia en bloques no significa contradicción alguna con la negativa que se realizó al principio de este trabajo a la hora de distinguir entre interpretación y valoración³¹. Bien al contrario, reafirma definitivamente dicha negativa, porque descubre por fin la razón de fondo de que la doctrina haya distinguido ambas categorías. Como tantas otras veces sucede, la distinción entre interpretación y valoración es simplemente teórica. Por tanto, a la hora de manejar la materia en términos docentes, efectivamente, la distinción es plenamente válida para enseñar ambas materias. Pero ello no quiere decir que en la práctica no se realicen ambas actividades a la vez y que, de hecho, sea imposible discernir entre ambas en un supuesto concreto de la realidad judicial, porque efectivamente resulta imposible por completo. A efectos teóricos la materia debe enseñarse por separado, para una mejor inteligencia del alumno. Pero una vez impartida, el alumno, futuro juez, utilizará a la vez y sin distinción los conocimientos aprendidos en ambas fases, como ya se indicó y se explicó en su momento, y por ello me remito a dicha explicación para más detalles sobre esta conclusión.

Volviendo a la cuestión docente y, por tanto, teniendo en cuenta todo lo anterior y como conclusión final, permítaseme realizar una brevísima exposición esquemática de cómo debería ser un programa muy básico de la enseñanza en materia de valoración de la prueba.

BLOQUE 1.—LA AVERIGUACIÓN DE LOS HECHOS

Contenidos

1. Los hechos jurídicos más característicos.
 - a) Los hechos que constituyen prueba directa.
 - b) Los listados de indicios.
2. La obtención de vestigios.
 - a) Las diferentes técnicas periciales.
 - b) La técnica del interrogatorio.

³¹ Por todos, CALAMANDREI, «La genesi», cit., p. 21.

3. La motivación de los hechos.
 - a) La ordenación de los hechos averiguados.
 - b) La debida exposición de las presunciones.
4. La imparcialidad y la prueba.
 - a) Circunstancias que provocan parcialidad.
 - b) Mecanismos de evitación de la parcialidad.

BLOQUE 2.—LA CREDIBILIDAD

Contenidos

1. La psicología del testimonio.
 - a) El funcionamiento de la memoria.
 - b) La valoración de las respuestas.
 - c) Valoración de la conducta del declarante.
2. La credibilidad del dictamen pericial.
 - a) Los criterios científicos de calidad.
 - b) La profesionalidad del perito.
 - c) La coherencia interna del dictamen.
 - d) La ciencia privada del juez.
3. La credibilidad en el reconocimiento judicial.
 - a) Las condiciones de observación.
 - b) La ciencia privada del juez.
4. La credibilidad de los documentos.
 - a) La interpretación de textos.
 - b) La contextualización de los documentos.

Con todo ello, el juez podría salir de su estudio verdaderamente preparado para afrontar la valoración probatoria. Desde luego, los apartados anteriores deberían desglosarse en subapartados, especialmente —pero no solamente— en relación con los listados de indicios, aunque también con respecto a la psicología del testimonio, de manera que cada uno de esos contenidos, realmente, podría constituir una asignatura independiente en un aprendizaje de un curso. Completaré los detalles de esta formación en el último capítulo.

2. LA CONSERVACIÓN DE LA IMPARCIALIDAD

Como ya dije, no se suele pensar, salvo excepciones³², en este tema al hablar de valoración de la prueba. Pero sin embargo, en esta materia la imparcialidad es esencial, porque la más mínima pérdida de la misma va a condicionar un resultado probatorio, de manera que el juez podría comenzar a no creer sistemáticamente a los testigos de una parte, simplemente porque durante el juicio ya piensa que esa parte no tiene razón, o bien se incomodó con ella durante una vista. Desde luego, es un auténtico disparate que pueda pasar algo así, y hasta se puede llegar a decir que si sucede, no es controlable la actitud del juez si no llega al extremo de la desconsideración, sancionada con responsabilidad disciplinaria³³. Pero todos sabemos que ocurre, porque es una actitud de lo más humana en el fondo, y asistimos con enorme frustración a ese tipo de comportamientos que, evidentemente, están fuera de lugar.

Sin duda, esas conductas hacen perder la imparcialidad. Y no podemos cerrar los ojos a la realidad, ni pensar que contra ese tipo de actitudes no hay nada que hacer. Desde luego, no había nada que hacer cuando la práctica de la prueba se celebraba por escrito, pero actualmente las vistas se graban, al menos en el proceso civil, aunque incomprensiblemente se deja con frecuencia en un vergonzante ángulo muerto al juez.

No obstante, advierto ya desde este momento que no todo depende de ese comportamiento externo del juez. Al margen de las causas de parcialidad tradicionales, que también serán objeto de examen, existe alguna nueva causa que algún día deberá tenerse en cuenta.

A) El trasfondo psicológico de las causas de parcialidad

La jurisprudencia sobre la imparcialidad que ha creado el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que es fácilmente

³² TARUFFO, *La semplice verità*, cit., p. 119. Otra excepción, mencionada por el propio TARUFFO en la siguiente página de la obra citada, es el art. 10 del Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial: «El juez imparcial es aquel que persigue con objetividad y con fundamento en la prueba la verdad de los hechos».

³³ Art. 418 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Son faltas graves: [...] 5. El exceso o abuso de autoridad, o falta grave de consideración respecto de los ciudadanos, instituciones, secretarios, médicos forenses o del resto del personal al servicio de la Administración de Justicia, de los miembros del Ministerio Fiscal, abogados y procuradores, graduados sociales y funcionarios de la Policía Judicial.

6. La utilización en las resoluciones judiciales de expresiones innecesarias o improcedentes, extravagantes o manifiestamente ofensivas o irrespetuosas desde el punto de vista del razonamiento jurídico. En este caso, el Consejo General del Poder Judicial sólo procederá previo testimonio deducido o comunicación remitida por el tribunal superior respecto de quien dictó la resolución, y que conozca de la misma en vía de recurso.

Art. 419 LOPJ. Son faltas leves: [...] 2. La desatención o desconsideración con iguales o inferiores en el orden jerárquico, con los ciudadanos, los miembros del Ministerio Fiscal, médicos forenses, abogados y procuradores, graduados sociales, con los secretarios o demás personal que preste servicios en la Oficina judicial, o con los funcionarios de la Policía Judicial.

accesible, ha restringido enormemente el concepto de imparcialidad, fruto del empeño en que la recusación no fuera utilizada con fines dilatorios. Pero sobre todo ha complicado sustancialmente las cosas con una división entre causas objetivas y subjetivas de parcialidad que, por cierto, no coincide en la jurisprudencia de ambos tribunales³⁴. Pero al margen de ello, no han logrado ni una ni otra jurisprudencia, ni probablemente ningún otro autor en la doctrina, una definición tan acabada como la que construyó RUIZ VADILLO³⁵ que estimó que el derecho al juez imparcial supone que el juez *se encuentre fuera por completo, real y aparentialmente, de los intereses de las partes y del propio proceso en sí mismo considerado. Que no le mueva otro impulso que realizar la justicia*.

Esa última frase dice muchísimo: «que no le mueva otro impulso que realizar la justicia». Pues bien, en esta orientación la verdad es que no se ha trabajado, porque se han solido describir las circunstancias que llevan a la estimación de cada causa de recusación, pero no se ha profundizado en el transcurso común de dichas causas, es decir, en su auténtica razón de ser. Porque lo cierto es que no se acierta a definir esa razón de ser, y por ello han surgido expresiones como *alienità*, desinterés objetivo (en el objeto del juicio)³⁶, *terzietà*³⁷ o *estraneità*³⁸, o «incompatibilidad de funciones procesales»³⁹, aunque esta última solamente en un supuesto particular. Todas estas expresiones tratan de dar con un término que recoja dicha esencia, aunque el tema parece estar lejos de resolverse.

Tomando como ejemplo lo dispuesto en el art. 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁴⁰, lo que ha dejado de lado la doctrina hasta el momento

³⁴ Lo destacué en J. NIEVA FENOLL, *La incoación de la instrucción penal*, Barcelona, 2001, p. 80, nota 249.

³⁵ E. RUIZ VADILLO, *La independencia y la imparcialidad de los jueces en la Constitución Española*, La Ley, 1996, t. VI, p. 1641.

³⁶ A. DE LA OLIVA SANTOS (con M. Á. FERNÁNDEZ LÓPEZ), *Derecho Procesal Civil*, t. I, Madrid, 1991, p. 27.

³⁷ L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, Barcelona, 1995, p. 567.

³⁸ E. FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, Padova 1992, pp. 469-470.

³⁹ MONTERO AROCA, *Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Valencia, 1999, pp. 243 y ss.

⁴⁰ Reproduzco las causas de parcialidad contenidas en dicho precepto para mayor claridad:

1. El vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco por consanguinidad o afinidad dentro del cuarto grado con las partes o el representante del Ministerio Fiscal.
2. El vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco por consanguinidad o afinidad dentro del segundo grado con el letrado o el procurador de cualquiera de las partes que intervengan en el pleito o causa.
3. Ser o haber sido defensor judicial o integrante de los organismos tutelares de cualquiera de las partes, o haber estado bajo el cuidado o tutela de alguna de éstas.
4. Estar o haber sido denunciado o acusado por alguna de las partes como responsable de algún delito o falta, siempre que la denuncia o acusación hubieran dado lugar a la incoación de procedimiento penal y éste no hubiera terminado por sentencia absolutoria o auto de sobresiimiento.
5. Haber sido sancionado disciplinariamente en virtud de expediente incoado por denuncia o a iniciativa de alguna de las partes.
6. Haber sido defensor o representante de alguna de las partes, emitido dictamen sobre el pleito o causa como letrado, o intervenido en él como fiscal, perito o testigo.
7. Ser o haber sido denunciante o acusador de cualquiera de las partes.

es que, salvo una causa muy concreta, todo el resto de causas de parcialidad descritas en ese artículo se reducen simplemente a una sola: la designada, con bastante ambigüedad, como «amistad íntima o enemistad manifiesta».

Desde luego, son reconducibles a dicha causa todos los vínculos de parentesco o tutelares (causas 1, 2, 3 y 15), o bien laborales (6, 12, 13 y 16) y aquellas en que el juez ha sido demandante o demandado, o denunciante o denunciado por/de alguna de las partes en ocasiones anteriores (causas 4, 5, 7 y 8). Y por supuesto la omnicompreensiva causa 14. Pero también debe incluirse, pese a su formulación objetiva, la causa 11, «tener interés directo o indirecto en el pleito o causa», puesto que es complicadísimo en el plano psicológico que efectivamente dicho interés no tenga absolutamente nada que ver con el afecto o animadversión que se sienta hacia las partes. Desde luego, puede darse el caso en que no sea así, pero el resultado será el mismo que si existiere efectivamente dicha amistad o enemistad: que se sentirá más proximidad o simpatía hacia la solución del caso que propugne alguna de las partes, o incluso hacia ninguna de ellas, como podría suceder en el supuesto de que el juez fuera una especie de interviniente principal⁴¹ encubierto. Pero incluso en ese caso, sentiría animadversión por ambas partes.

Sólo existe una causa que sería necesario forzar hasta límites irracionales para sustentar la existencia de una animadversión —o afecto— judicial: «haber participado en la instrucción de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia». Es decir, la causa 11. Aunque, desde luego, de esa previa participación haya podido derivarse una simpatía o antipatía, lo cierto es que ante la acumulación de asuntos que sufre cualquier juzgado, y ante la indiferencia y objetividad de cualquier juez en su trabajo, lo lógico, o al menos lo habitual, es que no sea así.

Ahondando, aunque no excesivamente, en el transcurso psicológico de dichas causas de parcialidad, se descubre con claridad que la razón de que la

8. Tener pleito pendiente con alguna de éstas.
9. Amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de las partes.
10. Tener interés directo o indirecto en el pleito o causa.
11. Haber participado en la instrucción de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia.
12. Ser o haber sido una de las partes subordinado del juez que deba resolver la contienda litigiosa.
13. Haber ocupado cargo público, desempeñado empleo o ejercido profesión con ocasión de los cuales haya participado directa o indirectamente en el asunto objeto del pleito o causa o en otro relacionado con el mismo.
14. En los procesos en que sea parte la Administración pública, encontrarse el juez o magistrado con la autoridad o funcionario que hubiese dictado el acto o informado respecto del mismo o realizado el hecho por razón de los cuales se sigue el proceso en alguna de las circunstancias mencionadas en las causas 1.ª a 9.ª, 12.ª, 13.ª y 15.ª de este artículo.
15. El vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable, o el parentesco dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad, con el juez o magistrado que hubiera dictado resolución o practicado actuación a valorar por vía de recurso o en cualquier fase ulterior del proceso.
16. Haber ocupado el juez o magistrado cargo público o administrativo con ocasión del cual haya podido tener conocimiento del objeto del litigio y formar criterio en detrimento de la debida imparcialidad».

⁴¹ En el sentido de la intervención principal de terceros en el proceso.

causa 11 sea diferente de las demás es que detrás de todas las causas de parcialidad —salvo esa 11— existe una emoción, que se conoce como el «afecto». O bien su contraria, descrita normalmente con el término «odio»⁴². Pero detrás de la causa 11 no existe nada de eso, sino uno de los sesgos de información que vimos más atrás, el de «exceso de confianza en el juicio emitido», provocado por el heurístico «anclaje y ajuste». Es decir, que una vez que se ha formado criterio sobre un asunto, es difícilísimo cambiar de opinión y, de hecho, todos los nuevos datos que puedan venir sobre el caso concreto, nuestra mente los suele reinterpretar de manera que reafirmen la opinión inicial. Lo cual conduce, evidentemente, a un juicio erróneo.

Es verdaderamente sorprendente que, intuitivamente, el legislador haya identificado solamente uno de esos sesgos, pero no haya parado mientes en los demás, ni tampoco en el resto de emociones, salvo en el «temor», pero no como causa de parcialidad, sino como ocasionadora de la nulidad de actuaciones, en el supuesto en el que el juez haya sufrido violencia o intimidación⁴³. Vamos a ver a continuación qué incidencia pueden tener esos sesgos que ya fueron estudiados anteriormente, y las emociones, en la imparcialidad judicial, es decir, en el anunciado propósito de que al Juez «no le mueva otro impulso que realizar la justicia».

B) Posibilidad de la introducción de nuevas causas de parcialidad

En este epígrafe intermedio, antes de pasar a la cuestión de la valoración probatoria y la imparcialidad, puede resultar interesante reflexionar sobre la viabilidad de recoger en las leyes alguno de esos elementos, citados en el anterior epígrafe, como causa de abstención o de recusación. Porque lo cierto es que rompen la objetividad que debe tener un juez.

Centrándonos en las más habituales en el ámbito judicial, las emociones sobre las que habría que realizar un análisis serían la «alegría», la «tristeza» y la «ira». Y entre los sesgos, cabría mencionar los ya explicados «sesgo egocéntrico»⁴⁴ y «perseverancia en la creencia y sesgo de confirmación»⁴⁵, también derivados del heurístico «anclaje y ajuste». Asimismo debe ser objeto de examen la incidencia del sesgo «tiene sentido», y del de «minimización de la carga cognitiva».

De todos es sabido que ninguna persona que tiene que emitir una opinión la emite de la misma forma si está airada o si está tranquila. Y también es cierto que un juez con dilatada experiencia en determinados asuntos, con el tiempo tiende a resolverlos todos de la misma forma, sin pararse demasiado en los detalles, lo que puede redundar en que su decisión sea errónea⁴⁶. Lo

⁴² Vid. T. HÜLSHOFF, *Emotionen*, München, 2006, p. 142.

⁴³ Vid. arts. 238.2 y 239.1 LOPJ.

⁴⁴ Creencia errónea de que todo el resto de humanos piensa como él/ella.

⁴⁵ Persistencia en la creencia de un conocimiento previo, por mucho que posteriormente se demuestre que es erróneo.

⁴⁶ En el fondo, ello es consecuencia del heurístico de la representatividad que analizamos líneas atrás.

que cabe preguntarse es si ello es auténticamente controlable, o incluso reducible a una causa de recusación.

La respuesta a esta última pregunta, desde el punto de vista estrictamente teórico, debiera ser afirmativa, porque todos esos sesgos y emociones afectan a la objetividad del juez. Pero el problema es si materialmente resulta posible construir causas de recusación con esas emociones y sesgos, de manera que sea razonablemente objetivable la situación en que se producen, como ocurre con el resto de causas de parcialidad.

Y en este sentido, con respecto a las emociones, pese a que la práctica totalidad de las causas de recusación están fundadas en dos emociones, el afecto y el odio, no resulta factible introducir las demás, porque no suelen resultar objetivables. Que un juez esté alegre o que esté triste no es algo que se pueda concretar en una clara manifestación externa, normalmente. Simplemente ocurre, y viene propiciado por causas muchas veces ajenas a su actividad judicial. Desde luego que ello puede influir en su benevolencia en ciertos asuntos, pero no hay manera de controlarlo y, por ello, salvo que esas emociones acaben constituyendo un trastorno bipolar con los típicos episodios maniacos o depresivos⁴⁷, no podrían en absoluto controlarse esos estados. Lógicamente, en caso de que derivaran estos episodios en enfermedad psiquiátrica, el juez debería ser apartado de su función hasta su completo restablecimiento. Sería planteable, desde luego, solicitar la nulidad de actuaciones de un proceso en caso de que el trastorno venga de más atrás, como suele ser habitual. Pero tal causa de nulidad no existe y, en el fondo, concedámos que es muy complicado —aunque no imposible— demostrar en un caso concreto que dicha enfermedad influyó directamente en las decisiones del juez, lo que hace difícilmente viable defender la introducción de esta causa de nulidad. Aunque en caso de haber incidido la enfermedad en el juez, lo cierto es que el mismo seguramente había perdido la objetividad para juzgar. Sin embargo, como digo, es muy difícil objetivar esos hechos en una causa de parcialidad, o incluso de nulidad, salvo que la actuación judicial estuviera claramente lastrada por la enfermedad, caso en el que, a mi juicio, debería pensarse en establecer dicha causa, al menos de parcialidad.

Diferente por completo es la ira, puesto que, como ya dije, la misma sí que es objetivable. Si un juez incurre en una desconsideración con una de las partes o con su letrado, aunque ese hecho sea solamente constitutivo de falta leve, es obvio que detrás de esa desconsideración está la emoción «ira». Puede expresarse con gritos o simplemente a través de un sarcasmo, pero la emoción está detrás de ese comportamiento. Por tanto, en los supuestos en que el juez haya tenido una actitud inadecuada durante el juicio, aparte de constituir la falta que proceda, si la misma es perseguida y sancionada, debe ser apartado del conocimiento de aquel proceso. De hecho, la causa de recusación que recoge esta posibilidad es la 5.ª del art. 219, es decir, «haber sido sancionado disciplinariamente en virtud de expediente incoado por denuncia o a iniciativa de alguna de las partes». Es cierto que la mera incoación de la

⁴⁷ P. PICHOT, *DSM-IV. Breviario. Criterios diagnósticos*, Barcelona, 2001, pp. 173 y ss.

denuncia por la falta ya puede predisponer al Juez contra ese litigante, pero la posibilidad de que esas denuncias fueran utilizadas de modo fraudulento para apartar a un determinado juez, aconseja sin duda que haya que esperar al resultado final del expediente incoado para decidir sobre su recusación, ya que si, ciertamente, la denuncia era falsa, la actitud del juez es intachable y, por tanto, puede y debe seguir juzgando en ese proceso⁴⁸. Asunto distinto es que dicho juez crea honestamente que tras la denuncia siente una animadversión por la parte denunciante. Y en ese caso debe abstenerse, al amparo de la causa 9.ª del art. 219.

Con respecto a los sesgos de información, la respuesta es similar. La mayoría de ellos se controlan a través de los recursos. Si un juez ha simplificado excesivamente la situación enjuiciada (minimización de la carga cognitiva), debe alegarse ante el juez *ad quem* —cuando sea posible— ese defecto, que ha podido redundar en un error de motivación, o incluso en una incongruencia. Lo mismo cabe decir del sesgo «tiene sentido». Es decir, si el juez se ha dejado llevar en exceso por el hecho de que la situación enjuiciada se corresponda con otras similares, si finalmente ese juicio ha sido erróneo, se podrá recurrir al tribunal *ad quem* alegando ese defecto, que fundamentalmente puede traducirse en una errónea valoración de la prueba, por haber confiado indebidamente en un «modelo mental» del que no pudo salir, al cuadrarle todo lo que observaba, pasando por alto los resultados de otras pruebas. Algo muy parecido puede sucederle con «la perseverancia en la creencia y sesgo de confirmación», sesgo con el que el juez distorsiona inconscientemente el resultado de las pruebas practicadas en apoyo de su tesis inicial, simplemente con la voluntad de no tener que modificar dicha tesis.

Diferente por completo puede ser el caso del «sesgo egocéntrico». En jueces que pueda demostrarse que se hallan ideológicamente muy comprometidos, porque así lo hagan constar ellos mismos en declaraciones públicas o incluso en resoluciones judiciales —que de todo ha habido—, estimo que habría que contemplar una causa de recusación específica que ahora mismo no existe, aunque se la echa de menos con cierta frecuencia, porque lo cierto es que un juez ideológicamente comprometido no puede juzgar imparcialmente ciertos asuntos. Pero no existiendo esa causa de recusación, es imposible apartarle del conocimiento de ese proceso.

Las personas tan ideológicamente sesgadas saben perfectamente que no todo el mundo piensa como ellos. Pero tienden a creer que la única opinión

⁴⁸ Asunto distinto es que la causa 8.ª, es decir, tener pleito pendiente con alguno de los litigantes, puede llegar a forzarse de manera que el resultado sea el apartamiento del juez del proceso. El mecanismo sería que el particular interesado recurriera ante la Jurisdicción administrativa, la resolución de la Comisión disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial decidiendo archivar la queja, tras la incoación de diligencias. Sin embargo, tal interpretación del art. 423 de la LOPJ no ha prosperado, de forma que la jurisprudencia, reiteradamente, entiende que no asiste la condición de parte al denunciante ante la Jurisdicción administrativa en estos casos. *Vid.* STS (Sala 3.ª) de 26-2-2009, *Id.* Cendoj: 28079130082009100044, FD 3: «Esta Sala viene admitiendo la legitimación del denunciante para acudir a la vía contencioso-administrativa cuando lo que se pretende en el proceso no es la imposición de una sanción al magistrado denunciado, sino que el Consejo General del Poder Judicial acuerde la incoación del oportuno procedimiento y desarrolle una actividad de investigación y comprobación en el marco de las atribuciones del mismo».

correcta u obvia sobre ciertos puntos es la suya, porque han perdido el pragmatismo con respecto a ciertos temas, lo que les haría imparciales. La única ideología que debe defender un juez en sus resoluciones es la que se deriva estrictamente de los mandatos constitucionales, y cualquier otra influencia debe quedarse en su fuero interno, pero nunca entrometerse en una resolución judicial.

Sin embargo, ello es muy difícil de descubrir. De hecho, sólo es posible conocer ese sesgo ideológico si el juez manifiesta en sus resoluciones, o en los medios de comunicación, su opinión. Y creo que en ese caso debería ser completamente apartado de ese proceso en cuestión, si efectivamente la opinión expresada condiciona el resultado de ese proceso⁴⁹.

En la historia judicial reciente han existido dos casos en que ha sucedido algo parecido a esto. El primero fue el proceso de dos homosexuales de Murcia que solicitaron, como pareja, la tramitación de la custodia de dos menores ante un juez de familia. Dicho juez redactó un auto el 6 de junio de 2007 en el que denegaba dicha custodia, y lo argumentaba en el razonamiento jurídico primero en estos términos:

¿Por qué la condición homosexual perjudica a los hijos? Pues, en definitiva, y como decía el demandado, porque los hijos tienen derecho a un padre y a una madre, no a dos madres o a dos padres. Los más prestigiosos especialistas así lo determinan. No hace falta siquiera para ello ser especialista: el sentido común (que a veces es el menos común de los sentidos) así lo dice. El hombre y la mujer son complementarios entre sí. Dos mujeres o dos hombres, no [...] Es el ambiente homosexual el que perjudica a los menores y que aumenta sensiblemente el riesgo de que éstos también lo sean.

Dicho juez fue condenado por retardo malicioso en la administración de justicia⁵⁰ con la agravante de desprecio de la orientación sexual⁵¹. Pero en todo caso, y sin entrar en absoluto en el transfondo ideológico expresado en ese párrafo, lo que queda claro es que dicho juez creía que todo el mundo pensaba como él: «Los más prestigiosos especialistas así lo determinan. No hace falta siquiera para ello ser especialista: el sentido común (que a veces es el menos común de los sentidos) así lo dice». Y, por tanto, incurrió en el sesgo egocéntrico.

Otro supuesto muy interesante, y que generó enorme polémica, fue el acaecido en el propio Tribunal Constitucional con varios de sus magistrados a los que, en el fondo, se pretendía recusar por la existencia, precisamente, de ese sesgo ideológico en relación con la ley de reforma del Estatuto de Cataluña. Se consiguió la recusación de uno de ellos porque había elaborado previamente, en su faceta de profesor universitario, un estudio relacionado

⁴⁹ Incluso debería ser apartado en el caso de que su juicio no esté sesgado ideológicamente, en el caso de declaraciones ante los medios de comunicación. Porque parece evidente que después de haber expresado públicamente una opinión directamente sobre la resolución de un asunto, ha revelado datos del mismo, lo que constituye falta grave o muy grave al amparo de los arts. 418.8 y 417.12 Ley Orgánica del Poder Judicial.

⁵⁰ Lo que constituye una variedad del delito de prevaricación. *Vid.* art. 449 del Código Penal.

⁵¹ Por Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 23-12-2008, que fue agravada por la STS 30-10-2009 (núm. recurso 192/2009).

con el objeto del proceso que habría de enjuiciar⁵². Pero se elucubró también sobre la recusación de otros dos magistrados. En concreto, con uno de ellos, que es el que ahora interesa, no se llegó a plantear dicha recusación, pese a que en otro proceso previo, que versaba sobre la admisión a trámite del proyecto de dicha ley de reforma del Estatuto de Cataluña, dicho Magistrado, en su voto particular⁵³, había dicho lo siguiente:

Con dichas razones deseo dejar constancia de mi disconformidad con el acuerdo de inadmisión adoptado por la mayoría de mis compañeros para, además de dejar a salvo mi responsabilidad en lo que creo es un incorrecto proceder jurisdiccional que homologa determinaciones políticas soportadas en criterios disolventes de quienes —en contra de las actuales trayectorias de las naciones de nuestro entorno europeo— abanderan experimentos de tinte independentista que fisuran o propician la fractura de España tal como está concebida en el artículo segundo del actual primer texto legal cuando literalmente afirma que la Constitución se «fundamenta en la indisoluble unidad de la nación española, patria común e indivisible de todos los españoles».

Es evidente que el magistrado que suscribió estas líneas tenía también un «sesgo egocéntrico», evidenciado con la frase «en contra de las actuales trayectorias de las naciones de nuestro entorno europeo». Y dicho sesgo expresa una ideología, que es absolutamente legítima como ciudadano, sobre la idea de la nación española. Y desde ese punto de vista es previsible cuál hubiera sido su decisión sobre una norma como el estatuto de Cataluña, acusada desde algunos sectores políticos de, precisamente, poner en cuestión la unidad de España. Por ello, por legítimo que sea su punto de vista como ciudadano, es obvio que tras haber expresado dicha opinión en términos claramente políticos —la frase «experimentos de tinte independentista» es especialmente reveladora—, no concurría en él la imparcialidad necesaria. Pero no fue recusado por la inexistencia de una causa de parcialidad para un supuesto así, sobre todo teniendo en cuenta que la opinión había sido expresada en una resolución judicial. Desde luego, por la restrictiva jurisprudencia sobre causas de recusación, no cabía interpretar analógicamente la causa II, ni ninguna otra, para acoger este supuesto.

La pregunta que cabe formularse es si ese denominado en psicología «sesgo egocéntrico», debería constituir la base de una nueva causa de recusación. Y creo que la respuesta no puede ser otra que la afirmativa. Un juez debe resolver los asuntos que se le plantean, pero no puede expresar pareceres en términos tales que hagan caer a dichas opiniones en el terreno de lo estrictamente ideológico. En el segundo caso planteado, el magistrado en cuestión podía haberse limitado a expresar que la norma estatutaria contravenía el texto constitucional, pero al hablar nada menos que de «criterios disolventes», «experimentos de tinte independentista» y «fractura de España», se excedió, entrando incluso en el terreno de la ironía, tuviera o no razón ideológica en lo que decía, tema sobre el que obviamente no voy a opinar en absoluto.

⁵² ATC 26/2007, de 5-2-2007. Se estimó la recusación al amparo de la causa 13 del art. 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

⁵³ ATC 85/2006, de 15-3-2006.

Y lo mismo sucedió con el primer magistrado citado. Ideológicamente dicho magistrado puede poseer la opinión que desee sobre la homosexualidad, pero no es legítimo que afirme en una resolución judicial que es «el ambiente homosexual el que perjudica a los menores y que aumenta sensiblemente el riesgo de que éstos también lo sean». Puede defender dicha opinión desde un punto de vista científico, si en algún momento consiguiera hallar algún sustento serio para ello. Puede incluso combatir la homosexualidad como ciudadano desde el punto de vista ideológico, exactamente igual que otras personas la defienden. Y ambas líneas de pensamiento son legítimas dentro del derecho a la libertad de opinión, sin caer en lo peyorativo, lógicamente. Pero si dicha opinión se opone frontalmente a cuanto dispone el ordenamiento jurídico, como es actualmente el caso, dicho magistrado hubiera debido abstenerse, porque obviamente se halla incurso en parcialidad. Nadie puede juzgar con objetividad aquello que rechaza ideológicamente de manera tan clara.

Pero como decía, no existe en la ley una causa de parcialidad para que el juez pueda abstenerse, pese a padecer un evidente sesgo egocéntrico, más evidente aún en este último caso referido. Y como ya dije, dicha causa de parcialidad debería de crearse. No puede ser confundida con una objeción de conciencia, porque el juez en todo caso debe aplicar los preceptos del ordenamiento jurídico, esté o no de acuerdo con ellos⁵⁴ y, por tanto, no puede realizar tales objeciones. Es decir, el juez no puede negarse a llevar a cabo actuaciones simplemente por motivos ideológicos. Podría haber rechazado conceder la custodia de los menores de haber encontrado criterios objetivos de idoneidad en las personas de los adoptantes. Pero no podía refugiarse para ello, como lo hizo, en su condición sexual. Y si, ciertamente, se tenía por parcial en el asunto, debió haberse abstenido, si hubiera dispuesto de una causa para ello.

Es necesario objetivar dicha causa de abstención y recusación para que pueda ser controlable y, sobre todo, alegable no basándose simplemente en rumores. Creo que es esencial que el juez haya sentado públicamente criterio sobre el asunto en cuestión, en términos que sobrepasen un dictamen objetivo del asunto, como sucedió claramente en los dos supuestos referidos. Sin ese testimonio sería demasiado difícil la recusación del juez, e incluso sería comprometido para éste hacer expresión de datos que se refieren a su intimidad, como su ideología.

Por ello, dicha causa de abstención podría formularse del siguiente modo:

Haber sentado criterio públicamente sobre aspectos directamente relacionados con el objeto del proceso, en términos tales que se evidencie un sesgo ideológico por parte del juzgador.

⁵⁴ El tema es muy problemático, puesto que el juez no debería poder negarse a realizar una actuación de jurisdicción voluntaria, para la que su imparcialidad no se pone en cuestión porque no hay partes enfrentadas. Pero siendo un proceso contencioso, ciertamente el sesgo ideológico debería ser una causa de abstención y recusación, ya que no pensando todos los jueces del mismo modo, puede haber siempre otros que juzguen con mayor objetividad.

De ese modo, el magistrado del Tribunal Constitucional podría haber sido perfectamente recusado⁵⁵. Sin embargo, la suerte del juez de Murcia, salvo que hubiera hecho declaraciones públicas sobre la homosexualidad, incluso en sus resoluciones, antes del enjuiciamiento del caso —caso en el que podría haberse abstenido—, me temo que en el estado actual del ordenamiento jurídico era difícil resolver de modo alternativo a como lo hizo el Tribunal Superior de Justicia de Murcia. Podría haberse variado el título de imputación quizás⁵⁶, pero los hechos son los que fueron y quedaron claramente reflejados por escrito. Con las leyes antiguas en la mano hubiera sucedido justamente lo contrario, puesto que la proscripción de la homosexualidad⁵⁷ hubiera impedido a cualquier juez apoyar su decisión en la defensa de la misma. Es decir, un juez del siglo XVIII quizás podría haber concedido la custodia de los menores a dos hombres o a dos mujeres, pero hubiera debido evitar decir, por ejemplo, que «la condición homosexual de los solicitantes favorece el desarrollo intelectual del niño y le confiere una visión mucho más tolerante del mundo, lo que no sucede si la custodia la posee una pareja heterosexual, como dicta el sentido común», simplemente porque dicha reflexión, tan defendible ideológicamente como las anteriormente citadas, es completamente gratuita, innecesaria, está expresada en términos que evidencian un sesgo egocéntrico y en nada contribuye a fundamentar su decisión, como estará pensando probablemente un lector que defiende la opinión del juez que fue condenado al leer la frase entrecomillada. De todos modos, las opiniones de un juez no pueden ir jamás en contra de las que refleja todo un ordenamiento jurídico que el juzgador está obligado a cumplir, como ha sucedido en todas las épocas, en las antiguas y en las modernas.

En conclusión de todos los sesgos y emociones analizados, sólo queda uno, el sesgo egocéntrico, que debería convertirse en causa de recusación, por la especial incidencia que puede tener en materia judicial.

C) Valoración probatoria e imparcialidad

Ahora queda por responder la pregunta que se planteó al principio, es decir, si es posible relacionar la valoración probatoria con la imparcialidad, en caso de que realmente esta última sea una garantía de dicha valoración.

TARUFFO⁵⁸ ha conectado la imparcialidad con la obtención de la verdad en el proceso, aunque reflexionando sobre el uso imparcial de las facultades probatorias del juez para obtener esa verdad. Sobre ese tema reflexionaré en los siguientes epígrafes. Pero en el actual creo que debiera dilucidarse si la imparcialidad influye decisivamente o no en la valoración probatoria, o bien

⁵⁵ Vid., al respecto, M.^a del C. CALVO SÁNCHEZ, *Control de la imparcialidad del Tribunal Constitucional*, Barcelona, 2009.

⁵⁶ Como lo hizo el TS pasando al tipo de prevaricación en la STS 30-10-2009, citada anteriormente.

⁵⁷ Estaba castigada con la muerte. Vid. *Nov. Recop.* Libro 12, título XXX, Ley I. La ley databa de 22 de agosto de 1497.

⁵⁸ TARUFFO, *La semplice verità*, cit., pp. 121-122.

en la resolución de todo el objeto del proceso, que es lo que implícitamente se ha mantenido hasta el momento.

Sin duda, la pérdida de objetividad provoca que el juez tome de forma diferente la mayoría de sus decisiones en el proceso, tanto en el aspecto de la interpretación jurídica como en el de la valoración de la prueba, aunque ambos mundos no sean en la práctica escindibles más que en el plano teórico. Es decir, un juez parcial sabe de antemano cuál va a ser su decisión, y simplemente «arregla» la motivación de la sentencia para que cuadre de forma más o menos digna con el fallo. Por tanto, la pérdida de imparcialidad tiene una especial incidencia en esa motivación, puesto que en el momento de elaborarla el juez no puede engañarse a sí mismo y se sabe claramente parcial, por lo que a buen seguro modificará sus explicaciones para que parezcan legítimas.

De todos modos, siendo importantísima la incidencia de la parcialidad en la motivación de la sentencia, dicha falta de objetividad se puede padecer ya anteriormente, de hecho, en todas las fases del proceso. Algunos jueces parciales optan por dar una apariencia de ecuanimidad en todas sus decisiones a lo largo del proceso, dejando lo peor para el final. Y otros, en cambio, se muestran parciales ya desde el principio. Pero en cualquiera de estos dos denigrantes supuestos, el momento en el que la parcialidad influye más decisivamente es en el instante de la valoración de la prueba. El juez que se deje llevar por el afecto, el odio, la ira, el sesgo de exceso de confianza en el juicio emitido o el sesgo egocéntrico, es posible que mantenga una aparente posición de imparcialidad durante todo el proceso. Pero a la hora de valorar la prueba, esas emociones y sesgos le van a influir más que ninguna otra cosa. Y en el momento en que le influyan, y esto es lo más importante, estará dejando, en realidad, de valorar la prueba. Es decir, la conclusión es que la parcialidad excluye la valoración de la prueba. O dicho de otro modo, que sin imparcialidad no es posible la valoración de la prueba.

Una conclusión tan contundente necesita ser razonada. Para ello es necesario volver atrás y recordar la definición que ofrecí del concepto de «valoración de la prueba» en su momento: *actividad de percepción por parte del juez de los resultados de la actividad probatoria que se realiza en un proceso.*

¿Qué sucede cuando el juez pierde su imparcialidad? Que el juzgador, en realidad, ya no tiene en cuenta su percepción para motivar la sentencia de forma coherente a lo percibido. De ese modo, puede obrar de dos maneras distintas: o bien trata de recoger aspectos puntuales y sesgados de esa percepción para sustentar un resultado probatorio que sabe de antemano que es inadecuado; o bien, peor aún, una vez que es parcial deja ya de «percibir» realmente, y ve solamente lo que quiere ver. Analicemos cada una de estas dos interesantes, aunque aterradoras, conductas.

La primera es la que resulta claramente delictiva, prevaricadora. El juez, obrando en ese caso como el más ruin de los retóricos, intenta dar protagonismo a aspectos secundarios de la prueba que podrían tratar de sustentar su decisión ya tomada de antemano. De ese modo, intenta que

los resultados principales de la actividad probatoria queden en un segundo plano, cubiertos por el inusitado protagonismo que le confiere a esos aspectos secundarios. Por ejemplo, si quiere absolver a un culpable de un homicidio, tratará de explotar al máximo las pequeñas contradicciones en las que seguro que habrán incurrido los testigos que le acusan, porque dichas contradicciones, como veremos en el último capítulo, son inevitables. De ese modo, le conferirá un valor preponderante a dichas contradicciones, dejando en un total segundo plano el hecho principal: la acción de matar a cargo del acusado, en la que coinciden plenamente los testigos. Y también dejará en el olvido el hecho de que el relato de los testigos es sustancialmente coincidente, otorgando un valor exagerado a las citadas contradicciones. Con ello, es posible que consiga un fallo que hasta puede parecer bien fundamentado, aunque sea manifiestamente aberrante en su resultado final.

La segunda de las conductas es posible que ni siquiera sea delictiva, y de hecho es la más frecuente y peligrosa. El juez cree, por ejemplo, en la inocencia del imputado, pero prevé que no podrá fundamentarlo con facilidad en el resultado de los medios de prueba que se practiquen en el proceso. Es posible que conozca previamente a dicho imputado, aunque sólo sea por referencias, o que incluso sin conocerle, le parezca externamente una persona incapaz de matar. Es factible incluso que no tenga una opinión definida sobre el acusado, pero que tras oír su declaración inicial, o algún testimonio especialmente impactante, crea ciegamente en su inocencia.

Con cualquiera de esos últimos perfiles, el juez va a ser víctima propiciatoria del heurístico «anclaje y ajuste». Es decir, en toda la prueba que se practique cerrará los ojos y anulará su percepción, y sólo los abrirá cuando escuche algo que verdaderamente reafirme su pensamiento sobre el acusado. Y si en algún momento consigue percibir algo de lo que no le reafirma dicho pensamiento, no dudará en reinterpretarlo, inconscientemente incluso, a su conveniencia, incurriendo en la ya explicada «perseverancia en la creencia y sesgo de confirmación». Es algo que ocurre con bastante frecuencia, porque simplifica mucho las cosas al juez el hecho de que ya posea una opinión definida sobre el caso desde el principio. El juez puede pensar erróneamente que ello le ayuda a juzgar y a valorar mejor la prueba. Cuando en realidad lo que sucede es que, como decía, ha dejado a un lado su percepción para concentrarse exclusivamente en lo que reafirma su parecer inicial. Y es posible incluso que decida mantenerse en ese parecer, vea lo que vea durante el proceso, precisamente en la creencia de que de ese modo conseguirá mantener mejor su imparcialidad.

Más atrás dije que el juez no puede percibir sin valorar, ni valorar sin percibir. En la situación descrita, de hecho, deja de desempeñar esa actividad. Aparta su atención de lo que ve y oye. Lo tiene por falso de entrada y, por tanto, desvía su mente hacia otros temas y, como mucho, trata de rebatir sobre la marcha lo que está escuchando, pero sin hacerlo realmente basándose en razones concretas, sino simplemente porque lo que está oyendo no coincide con su opinión inicial. Cualquiera abogado sabe que llegados a este

punto durante el proceso, cualquier alegato en defensa de su cliente será ya, normalmente, completamente inútil.

En las dos situaciones descritas, como decía, el juez ha dejado de valorar la prueba. Cuando adapta lo que percibe a lo que le interesa (primera situación), no valora la prueba, sino que sólo busca pequeños datos para sobredimensionarlos y evitar así la valoración del material preponderante en el proceso, que le llevaría a la conclusión contraria a la que ansía. Y cuando simplemente se deja convencer con demasiada facilidad a partir de cierto momento en que ve o escucha algo que le impresiona, también dejará de valorar la prueba. Deseará que el proceso acabe lo más pronto posible para poder empezar a redactar la sentencia que ya tiene pensada desde que tuvo la citada impresión.

Con ello creo que se demuestra que el juez pasará por alto una parte importantísima de los materiales probatorios de un proceso, si pierde su imparcialidad. Ese «pasar por alto» puede ser doloso o negligente, como acabamos de ver. Pero en cualquiera de los dos casos está cerrando los ojos a la realidad, lo que equivale a dejar de valorar. Por ello, reafirmo la conclusión de que en caso de que el juez pierda su imparcialidad, inevitablemente estará anulando su actividad de valoración probatoria. Porque una valoración probatoria realizada sólo en parte o, haciendo un juego de palabras, parcialmente, no está completa y, por consiguiente, no es correcta, lo que equivale a su inexistencia práctica. Por supuesto que formalmente sí parecerá que valoró la prueba, e incluso es posible que en parte sí haya valorado. Pero ése es el problema, que lo ha hecho solamente en parte. Insisto, parcialmente.

La evitación de ello no puede buscarse siempre en las causas de recusación, que tienen el limitado alcance que ya vimos anteriormente, incluso ampliándolas en el sentido ya dicho. Cuando en un proceso se observa que el juez está perdiendo su objetividad, lo único que puede hacerse es intentar advertir públicamente de este extremo, en el propio proceso, aunque ello, por razones evidentes, es complicadísimo. También puede optarse por dar el caso por imposible y aguardar a que el proceso se acabe, esperando mejor suerte en el recurso. Pero ello es peligrosísimo, puesto que los tribunales *ad quem* suelen ser reticentes, por error y por desgracia, a revisar la valoración de la prueba⁵⁹. Otros Letrados, mientras el proceso sigue pendiente en la instancia, intentan aportar actividad probatoria que impresione nuevamente al juez, tratando de cambiar su criterio con ese golpe de efecto. Pero todo ello no pasan de ser trucos retóricos más cercanos al terreno de la picaresca que al del regular desempeño de la profesión jurídica, por efectistas, o incluso eficaces que puedan ser esos trucos.

Resulta muy complicado ofrecer remedios a esta situación, porque, además, el juez no suele ir manifestando su opinión durante la práctica de la

⁵⁹ Vid. C. M. DE MARINI, *Il giudizio di equità nel processo civile*, Padova, 1959, p. 114. H.-B. HENKE, «Rechtsfrage oder Tatfrage-eine Frage ohne Antwort?», ZfP, 81. Band, Heft. 3-4, 1968, p. 374. J. IGARTUA SALAVERRÍA, «Prueba científica y decisión judicial (unas anotaciones propedéuticas)», *La Ley*, núm. 6812, 2-11-2007.

prueba, aunque pueda inferirse en parte de algunos de sus comportamientos. Pero no obstante, tratar de deducir algo así de simples actitudes del juez es siempre altamente inseguro. Creo que, salvo que el juez incurra en conductas evidentemente rechazables revelando ingenuamente su parcialidad, lo único que puede remediar una valoración sesgada es una acertada formulación de conclusiones, que sirva para corregir los posibles defectos de percepción. Pero lo que entiendo que habría de ser todavía más eficaz sería una instrucción del juez en los aspectos señalados en el primer epígrafe de este capítulo, puesto que sólo conociendo cómo se incurre en parcialidad, resulta más sencillo evitar caer inadvertidamente en la misma.

Con todo y con eso, hay que reconocer que una vez relacionado el concepto de valoración de la prueba con el de imparcialidad, lo cierto es que el control de su mantenimiento es muy difícil de obtener hasta las últimas consecuencias, lo que resulta ciertamente frustrante. Pero es el resultado de la falibilidad humana, y ante ello sólo cabe proceder como se ha indicado: en principio a través de actuaciones preventivas procediendo a la enseñanza del juez en materia del trasfondo psicológico de la parcialidad; pero también con la debida formulación de conclusiones a cargo de las partes, una vez practicada la prueba. Si fallan estos dos mecanismos, sólo quedará intentar la crítica de la valoración probatoria a través de los recursos.

Desde luego, hay que reconocer que cualquiera de las tres salidas no es cien por cien segura. Pero también hay que reafirmar que esas salidas son las únicas que pueden aportar, en algún momento, resultados absolutamente eficaces, especialmente si se practican conjuntamente las dos primeramente citadas.

3. LA CORRECTA RECOPIACIÓN DE TODA LA PRUEBA

Otro de los temas en los que, nuevamente, vuelve a repararse muy poco, es en el relacionado con la recogida de todos los vestigios de la pequeña historia del litigio. En cualquier proceso se confía esta actividad completamente a las partes, sea éste civil, laboral o incluso administrativo. Solamente en el proceso penal, y en algunos procesos civiles inquisitivos, existe una mayor implicación judicial en la recopilación de todas las llamadas «piezas de convicción». Aunque en los procesos civiles inquisitivos esas conductas no sobrepasan el terreno de lo testimonial, e incluso en la práctica del proceso penal ello ocurre, en realidad, pocas veces.

Ante la jurisdicción penal, quien se encarga de recopilar la prueba son, o bien las partes, o bien el órgano delegado de la autoridad judicial especializado en esta materia: la policía judicial. Pero sin embargo, esa recogida de vestigios no suele realizarse por orden judicial, sino más bien, y sólo en ocasiones, previa una autorización judicial. Quiero decir con ello que la policía judicial no suele actuar siguiendo las instrucciones investigadoras de los jueces, ni mucho menos de los fiscales, ni siquiera en los Estados en los que estos últimos tienen asumida la instrucción penal. Lo que sucede es que la

policía investiga por su cuenta, y cuando se encuentra ante la necesidad de llevar a cabo una actuación innegablemente vulneradora de derechos fundamentales, no tiene otro remedio que pedir una autorización judicial porque así se lo suelen ordenar las leyes. Pero insisto en que, normalmente, el juez se limita a autorizar, y no acostumbra a tener implicación alguna en la investigación, es decir, en la actividad de recogida material de los vestigios. Ni siquiera, en realidad, en la dirección de esa actividad, pues normalmente suele dar por bueno el programa de actuaciones que le presenta la policía judicial.

Esta situación se refleja en las leyes sólo en parte, puesto que si bien leyendo la ley procesal civil sí que queda claro que lo que haga el juez en materia de recogida de vestigios depende de las partes, en el proceso penal parece todo lo contrario, es decir, aparentemente es el juez quien investiga materialmente, cuando ello en realidad no es así. Analicemos críticamente las consecuencias de esta situación.

A) El papel del juez en la recogida de la prueba

A primera vista, viendo la situación de la planta judicial de casi cualquier Estado, escasa en número, y teniendo en cuenta que la Justicia no suele ser la prioridad presupuestaria de ningún Gobierno, bien parece que, no ya por motivos ideológicos, sino por puros motivos de practicidad, es mejor dejar las cosas como están⁶⁰. Es decir, que el juez no se encargue para nada de la recogida de los vestigios, y que sólo en parte pueda plantearse que se ocupe de ese tema en el proceso penal.

Sin embargo, esta manera de entender las cosas aleja a los jueces de la prueba, de manera que cuando los juzgadores observan el material probatorio, tienen ante sí unos elementos que ya han venido condicionados por las partes en el mejor de los casos, o por la policía judicial en el proceso penal, lo que desde luego no es la mejor de las maneras de disponer imparcialmente de toda la prueba en dicho proceso penal. Las partes aportarán evidentemente lo que les interesa, que no siempre será lo que contribuya al esclarecimiento de los hechos. Pero es que la policía, llevada por un empeño lógico en conseguir que la investigación sea eficaz para la incriminación, aportará pruebas de cargo, dejando muchas veces el material de descargo en el olvido, lo que, desde luego, no constituye una aportación imparcial de los elementos de juicio al proceso⁶¹.

Es decir, el problema de que el juez no se implique en esa labor de recogida es que todo el material que se le presentará será necesariamente parcial,

⁶⁰ En sentido similar, DE LA OLIVA SANTOS (CON DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ), *Derecho procesal civil*, cit., p. 274.

⁶¹ Como dijo el Magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, D. RAMOS GANCEDO: «La investigación policial o judicial implica intensamente a quien la realiza, reduciendo su capacidad de crear distancia crítica respecto de la propia actuación que, así, resulta inevitablemente teñida de parcialidad objetiva». Voto particular a la STS 4-12-2006 (núm. recurso 10248/2006).

nuevamente en un doble sentido: parcial porque se lo traen las partes, y parcial también porque no ha sido recogido con objetividad. La cuestión que se plantea es si las cosas podrían ser distintas, es decir, si sería mejor que el juez participara activamente en esa labor de recogida.

Para resolver esa cuestión es preciso tener en cuenta diversas variables. En primer lugar, es imposible que el juez pudiera asumir la labor de pesquisa en cada proceso que se celebre y, además, ideológicamente sería más que objetable que verdaderamente tomara ese partido. El proceso se inicia, en la enorme mayoría de las ocasiones, porque existen dos partes enfrentadas. Pues bien, parece que lo legítimo es que dichas partes puedan aportar libremente los medios de prueba que deseen, con los únicos límites que veremos a continuación. De hecho, ello forma parte de su esencial derecho a la defensa⁶².

Sin embargo, en el proceso penal las cosas pueden ser distintas. Es muy frecuente que las partes no puedan aportar la prueba, o incluso obstaculicen la recogida de vestigios para esconder las huellas de su crimen. Si se tiene en cuenta, además, que dicha recogida de vestigios suele afectar relevantemente a varios derechos fundamentales, parece imprescindible la participación oficial en esta fase de recogida de elementos de prueba.

Lo que cabe discutir es si sería más conveniente que de esa fase se hiciera cargo el juez o el Ministerio Fiscal, trayendo a colación la tradicional polémica sobre este punto que tantas páginas de la literatura jurídica ha llenado ya, de momento sin que se hayan acercado excesivamente las posiciones, dicho sea de paso. Sin desear terciar en dicha polémica⁶³, porque no es necesario para resolver la cuestión del presente epígrafe, debe decirse que lo único que es verdaderamente fundamental es que el juez que debe juzgar el caso concreto no haya participado en absoluto en la recogida de esos elementos de prueba. Es completamente cierto que esa actividad de recopilación no implica enjuiciamiento⁶⁴, sino que está concebida para permitir en un momento posterior el enjuiciamiento⁶⁵, que es muy distinto. Pero es igual de obvio que quien realiza esa actividad de recogida va a sentar criterio sobre el caso concreto. Por ello, quien lleva a cabo la recopilación de los

⁶² Como lo explica extensamente A. CAROCCA PÉREZ, *Garantía constitucional de la defensa procesal*, Barcelona, 1998, pp. 276 y ss.

⁶³ Lo más representativo de esta polémica puede leerse en M. PASTOR LÓPEZ, «El sumario: Su función y naturaleza jurídica», *RDProc.*, 1965, pp. 93-94. SERRA DOMÍNGUEZ, «El juicio oral», en *Estudios de Derecho procesal*, Barcelona, 1969, pp. 767-768. A. DE LA OLIVA SANTOS, *Jueces imparciales, Fiscales «investigadores», y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal*, Barcelona, 1988, p. 85. F. GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, *Notas sobre la instrucción y el fallo en el enjuiciamiento penal (Comentario a la STC de 12 de julio de 1988)*, *La Ley*, octubre de 1988, p. 6. T. MUÑOZ ROJAS, «Una síntesis del proceso penal abreviado (LO 7/1988)», *Actualidad Penal*, 1989, pp. 2142-2143. N. TORRES ROSELL, *La denuncia en el proceso penal*, Madrid, 1991, p. 29. L. RODRÍGUEZ RAMOS, «¿El Juez de Instrucción es inconstitucional?», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 261 (19-9-1996), p. 4. V. GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 2007, pp. 54 y ss. J. GARBERÍ LLOBREGAT, «¿Fiscal instructor?: pocas ventajas y un enorme inconveniente», *La Ley*, núm. 4, 2007, pp. 1823 y ss.

⁶⁴ Con similares palabras, SERRA DOMÍNGUEZ, «La instrucción en los procesos penal y civil: el sumario», en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1969, p. 720.

⁶⁵ En este sentido, SERRA DOMÍNGUEZ, «El Ministerio Fiscal», *RDProc.*, 1979, pp. 644-645.

vestigios no puede juzgar *a posteriori*, porque ya tiene una opinión sobre la *causa iudicanda*, lo cual no es sino una necesaria consecuencia del sistema probatorio.

Ahora bien, lo que sí resulta necesario es que esa actividad de recogida, en procesos como el penal —o incluso como en algunos civiles inquisitivos—, esté supervisada por un sujeto de derecho del que pueda predicarse la objetividad. La razón es que si se abandona esa actividad a la policía judicial, la realidad es que en el proceso aparecerá únicamente la prueba que sirva a la inculcación, como suele ser habitual, siendo muy compleja la defensa en estos términos. Por ello, sea un juez de instrucción o sea un fiscal, como de ambos puede predicarse la objetividad en su modo de trabajar, ambos serían, exclusivamente desde este punto de vista, aptos para la supervisión directa de esa actividad policial investigadora. Y, dicho sea de paso, justamente en este aspecto creo que tendría que radicar el peso de la decisión final sobre si se pone al frente de la instrucción a un juez, o bien a un fiscal. Habría que decidir cuál de ellos, por su manera habitual de trabajar y el resto de funciones que está destinado a desempeñar, está en mejores condiciones de supervisar la labor policial, no esperando a que las comisarías y unidades de la policía judicial le pasen los informes de criminalidad, sino participando directamente en las investigaciones policiales, controlando su inicio y curso posterior en los lugares donde desempeñen su tarea⁶⁶.

Por identidad de razón, parece conveniente que en los procesos civiles inquisitivos sea el Ministerio Fiscal quien tenga intervención en este aspecto, cuando sea necesario. Muchas veces vemos que las leyes prevén la presencia del Ministerio Fiscal en este tipo de procesos, y observando la práctica de los mismos se detectan en ocasiones injustificables ausencias de los Fiscales, propiciadas a veces porque su intervención en algunos procesos no tiene demasiado sentido actualmente⁶⁷. Es posible que reorientando su labor hacia las funciones de recogida de elementos de convicción, su intervención pudiese cobrar un sentido que, en ocasiones, actualmente le falta. Para ello sería necesario conferirles esta función en exclusiva, eliminando la prueba judicial de oficio en estos procesos⁶⁸ o al menos situándola en un plano más

⁶⁶ Aún sin querer entrar en el tema, si el punto importante de la decisión es el anunciado, parece evidente que debiera ser el Ministerio Fiscal el escogido. Al juez se le enseña a juzgar, y es fundamental que quien haga estas funciones no sea alguien que esté acostumbrado a sentar criterio definitivo sobre un asunto, sino que se le prepare más bien para realizar las funciones anunciadas en el texto principal. Teniendo en cuenta la ya extensa formación de un juez, creo que sería bastante más racional, a todos los efectos, que fuera un Fiscal quien desempeñara esta función de dirección y supervisión de las investigaciones policiales, eliminando de una vez por todas los múltiples ángulos muertos que tienen dichas investigaciones, y que no tienen justificación alguna en el ordenamiento jurídico.

⁶⁷ En los procesos de nulidad matrimonial (art. 749 LEC), así como en los procesos sobre eficacia civil de las resoluciones de los tribunales eclesiásticos (art. 778 LEC), hay que reconocer que en el estado actual de la legislación, la intervención del Ministerio Fiscal tiene muy poco sentido. Cuando la legislación era muy proteccionista del vínculo, la intervención del Ministerio Fiscal podía servir para descubrir intentos de divorcios encubiertos. Pero en la situación actual de la institución del divorcio, salvo que existan hijos menores o incapacitados, la intervención del Ministerio Fiscal carece de todo sentido.

⁶⁸ Vid. art. 752 LEC.

marginal para poder conseguir la mayor imparcialidad judicial⁶⁹. Sin embargo, a tal fin resulta preciso, como digo, reorientar las funciones de recogida de vestigios del Ministerio Fiscal, que actualmente no desempeña realmente mejorando su coordinación con los organismos administrativos que normalmente asisten en estos casos, de manera análoga a lo propuesto con respecto a la policía judicial.

B) Participación judicial en la proposición y admisión de medios de prueba

No obstante lo anterior, en la fase en la que más se ha discutido la intervención judicial ha sido precisamente en la de proposición de la prueba. La pregunta es si el juez puede o no disponer de oficio la práctica de algunas pruebas. Lógicamente, debatiremos sobre esta cuestión al margen de lo que disponen los distintos ordenamientos.

Las posiciones sobre este tema están actualmente algo enfrentadas, su puestamente por motivos ideológicos. Sin duda, el tema es polémico, curiosamente, en cualquier proceso. En el proceso civil destacó como visor de modernidad, en su día, una mayor implicación del juez en la proposición de prueba. De hecho, la tendencia se basaba en las disposiciones del Código procesal austriaco inspirado por KLEIN, ideas que a su vez provenían de la lucha por la superación de la fuerza de las pruebas legales en el proceso civil, como ya vimos más atrás.

Pero como ya se dijo, la posibilidad de implicación del Juez en la proposición de la prueba a fin de averiguar la verdad venía de mucho más atrás. Es cierto que el art. 340⁷⁰ de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 introdujo las antiguas diligencias para mejor proveer en el proceso civil para que el Juez, de oficio, antes de dictar sentencia, pudiera traer a colación algún elemento probatorio que observara que no había sido aportado por las partes. Pero esa facultad databa de una práctica mucho más remota⁷¹, basada en las admoniciones para averiguar la verdad que realizaban las

⁶⁹ Que se pone seriamente en cuestión en estos casos. Vid. las interesantes reflexiones sobre el tema de ABEL LLUCH, *Iniciativa probatoria de oficio*, cit., pp. 187-188.

⁷⁰ En su versión original, el precepto tenía el siguiente redactado: «Art. 340. Después de la vista o de la citación para sentencia, y antes de pronunciar su fallo, podrán los Jueces y Tribunales acordar, para mejor proveer:

1.º Traer a la vista cualquier documento que crean conveniente para esclarecer el derecho de los litigantes.

2.º Exigir confesión judicial a cualquiera de los litigantes sobre hechos que estimen de influencia en la cuestión y no resulten probados.

3.º Que se practique cualquier reconocimiento o avalúo que reputen necesario, o que se amplíen los que ya se hubiesen hecho.

4.º Traer a la vista cualesquiera autos que tengan relación con el pleito.

Contra esta clase de providencias no se admitirá recurso alguno, y las partes no tendrán en la ejecución de lo acordado más intervención que la que el tribunal les conceda».

⁷¹ Práctica que refiere J. M.ª MANRESA NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. II, Madrid, 1883, p. 59.

partidas⁷². Y por tanto, al menos esta concreta práctica no era fruto de las corrientes de pensamiento germánicas del siglo XIX.

Sea como fuere, este es otro de los puntos en los que la reacción de parte de la doctrina ha sido nuevamente vehemente⁷³, recurriendo, de hecho, a los antiguos argumentos del quebrantamiento del principio de aportación de prueba, pero añadiendo una notable carga ideológica a sus argumentos, que no resulta comprensible si se atiende, por ejemplo, a las prácticas judiciales castellanas previas al siglo XIX que acabo de referir. Es decir, que la práctica de la prueba de oficio ya existía mucho antes del nacimiento de los regímenes totalitarios del siglo XX.

Pero es que el tema también ha sido objeto de discusión en el proceso penal. En el mismo, la facultad de prueba de oficio está prevista, por ejemplo, en el art. 729 LECrim⁷⁴. Y ha sido confundida con cierta frecuencia con un supuesto carácter inquisitivo del proceso, simplemente porque dicha prueba de oficio figuraba entre las características del antiguo sistema inquisitivo, junto a muchas otras que añade la doctrina como propias de este sistema y que nada tienen que ver, por cierto, con un supuesto carácter inquisitivo del proceso⁷⁵, que se caracteriza exclusivamente por el hecho de que coincida la persona del juez y el acusador, y nada más⁷⁶. En realidad, en esa afirmación sólo ha existido un cierto empeño en identificar con «lo inquisitivo» todo aquello que se deseaba descalificar⁷⁷, empeño que data de los debates en la Asamblea Constituyente francesa de finales del siglo XVIII, como vimos líneas atrás al hablar de los orígenes de la libre apreciación de la prueba.

⁷² Vid. Partida 3.ª, título IV, Ley 11.

⁷³ Vid. F. CIPRIANI, «Nel centenario del regolamento di Klein (Il processo civile tra libertà e autorità)», *Rivista di Diritto processuale civile*, 1995, pp. 969 y ss. F. CIPRIANI, «Il processo civile tra vecchie ideologie e nuovi slogan», *Rivista di Diritto processuale civile*, 2003, pp. 455 y ss. G. MONTELEONE, «Principi e ideologia del processo civile: impressioni di un "revisionista"», *Rivista di Diritto processuale civile*, 2003, pp. 575 y ss. G. VERDE, «Las ideologías del proceso en un reciente ensayo», en AAVV (coord. MONTERO), *Proceso civil e ideología*, pp. 67 y ss. G. MONTELEONE, «Intorno al concetto di verità "materiale" o "oggettiva" nel processo civile», *Rivista di Diritto processuale civile*, 2009, pp. 1 y ss. M. TARUFFO, «Per la chiarezza di idee su alcuni aspetti del processo civile», *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, 2009, pp. 723 y ss.

⁷⁴ «Art. 729. Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior:

1. Los careos de los testigos entre sí o con los procesados o entre éstos, que el Presidente acuerde de oficio, o a propuesta de cualquiera de las partes.

2. Las diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes, que el Tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación.

3. Las diligencias de prueba de cualquiera clase que en el acto ofrezcan las partes para acreditar alguna circunstancia que pueda influir en el valor probatorio de la declaración de un testigo, si el Tribunal las considera admisibles».

⁷⁵ En J. NIEVA FENOLL, «El "último" proceso inquisitivo español (el proceso penal de la Novísima Recopilación)», en *Jurisprudencia y proceso*, Madrid, 2009, pp. 167 y ss, expongo algunas de esas características.

⁷⁶ Como demostró contundentemente, a través de una exhaustiva investigación histórica, M. FONSECA ANDRADE, *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*, Curitiba, 2008.

⁷⁷ Vid. M. TARUFFO, «Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa», *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, 2006, p. 452.

Cuestiones ideológicas aparte⁷⁸, creo que para afrontar debidamente este tema hay que resolver tres puntos previos. En primer lugar, hay que ver si esta actividad de proposición, si se sitúa en manos de los jueces, contribuye a una mejor valoración de la prueba. En segundo lugar, habría que resolver si la proposición de prueba de oficio rompe realmente la necesaria imparcialidad judicial. Y, en tercer lugar, también habría que dar respuesta a una cuestión que no se ha afrontado todavía en realidad: entiendo que hay que determinar si la actividad que desempeña el juez a la hora de proponer de oficio la prueba, es sustancialmente diferente a la que lleva a cabo cuando realiza la admisión de la prueba, lo que tiene que conducir a reflexionar sobre el significado y sentido del concepto de pertinencia.

La primera cuestión es de muy sencilla respuesta. Evidentemente que la prueba, si es propuesta de oficio, contribuye al más eficaz trabajo judicial siempre que el juez esté debidamente informado de cuáles son los hechos cuya existencia se desconoce, y que son esenciales para determinar que fue lo que sucedió realmente. Quiero decir que si lo que se presenta ante el juez es un listado de dichos hechos, o al menos el juez puede deducirlo de las afirmaciones de las partes, lo que parece más oportuno —implicaciones ideológicas aparte— es que aquel que está llamado a resolver sea quien decida los medios más adecuados para averiguar lo sucedido⁷⁹. No hay ningún detective que acuda a otra persona para que le indique qué medios son los más adecuados para realizar su trabajo. Puede ser que se asesore puntualmente sobre los últimos avances científicos o tecnológicos. Pero será ese detective el que tomará la última decisión, porque es él mismo el que tiene que realizar su dictamen. Por consiguiente, desde un punto de vista exclusivamente práctico, sin otras consideraciones, parece que la proposición oficial de prueba sería la mejor manera de esclarecer los hechos⁸⁰. Y si, además, como ocurre en el proceso, la decisión viene precedida de un debate con las propuestas que a tal efecto realicen las partes, la resolución sobre la proposición y la admisión puede ser de lo más perfecta técnicamente hablando, siempre que el juez tenga un buen criterio, lógicamente.

Ahora bien, la pregunta que seguidamente cabe plantearse es si esta actuación judicial rompe la garantía de la imparcialidad⁸¹. Y en este punto, dejando de momento al margen la problemática con el principio dispositivo y el de aportación de parte, existe un grupo de autores que defienden la idea de que la proposición de prueba de oficio efectivamente sería incompatible con la imparcialidad. Sustentan su pensamiento, en el fondo, en un único argumento: si el juez propone prueba, está ayudando inevitablemente a alguna de las partes⁸².

⁷⁸ Sobre las mismas, vid. J. PARRA QUIJANO, *Racionalidad e ideología en las pruebas de oficio*, Bogotá, 2004.

⁷⁹ Como argumenta TARUFFO, *La semplice verità*, cit., p. 121, la pasividad judicial en este sentido sería «contrapictémica».

⁸⁰ Cfr. RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento civil*, I, cit., p. 631.

⁸¹ Sobre el tema, vid. J. F. ETXEBERRÍA GURIDI, *Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC*, cit., pp. 154 y ss.

⁸² DE LA OLIVA SANTOS (CON DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ), *Derecho procesal civil*, cit., pp. 276-277: «Si el demandado es descuidado, ¿por qué tiene el tribunal que cuidarse de remediar su descuido? Si lo

Sin embargo, los autores que entienden que la prueba de oficio y la imparcialidad son compatibles, despliegan un elenco de argumentos que, sin duda, resulta más variado para descartar que estos poderes del juez afecten a la imparcialidad. Argumentan que el juez desconoce el resultado de la prueba que propone, por lo que no sabe si beneficiará a una o a la otra parte, o incluso a ambas⁸³. Es decir, que la pérdida de la imparcialidad se produciría si el juez ejercitara esos poderes probatorios de forma parcial, pero no si conserva su objetividad o neutralidad⁸⁴. Añaden que la facultad probatoria del juez se utilizaría para esclarecer el caso concreto presentado por las partes, y no para favorecer *a priori* la versión de una o de otra⁸⁵. E incluso se ha argumentado que el juez no puede tolerar que el interés de las partes se lleve tan lejos como para permitirse el lujo de fallar de modo injusto por esas insuficiencias de prueba⁸⁶.

Esos son los argumentos de unos y otros autores, exclusivamente en lo que a la imparcialidad se refiere. Y debo decir ya de entrada que la polémica, teniendo en cuenta tanto lo que supone la prueba de oficio como la imparcialidad, resulta un poco sorprendente. Además, es paradójico que, como vimos, no haya sido auténticamente estudiada la relación entre valoración de la prueba e imparcialidad, siendo ésta evidente, y en cambio la relación

hace, le estará favoreciendo, en perjuicio del demandante. Y si remedia la insuficiencia probatoria del demandante, ¿no perjudicará indefectiblemente al demandado? Y, ¿por qué colocar al tribunal en el trance de adelantarse al resultado de las pruebas propuestas y admitidas? ¿No está el juez, al formular esa indicación, añadiéndose como asesor al Abogado de la parte de que se trate?». J. MONTERO AROCA, «El proceso civil llamado "social" como instrumento de "justicia" autoritaria», en: AA.VV. (COORD. MONTERO), *Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Valencia, 2006, p. 159: «...si el proponer pruebas de oficio es incompatible con el sistema consuetudinario, dado que entonces el juez asume una función propia de las partes, no alcanzo a comprender cómo el acordar pruebas de oficio en el proceso civil no afecta a esa garantía esencial de la condición de tercero (o *terzietà*) o no la afecta en el mismo grado o existe un riesgo menor o mínimo de pérdida de la garantía imparcialidad (por mantener la terminología usada normalmente)». Reafirmando la conclusión al relacionar el tema incluso con la institución de la carga de la prueba, A. ALVARADO VELLOSO, «La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento», en *Proceso civil e ideología*, cit., pp. 240 y ss. Y en similar sentido, aunque en este exclusivo punto y *a sensu contrario*, J. PICÓ JUNOV, «El Derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado», en *Proceso civil e ideología*, cit., p. 125: «Sin embargo, atendiendo a los límites que anteriormente se han indicado sobre la iniciativa probatoria del juez, y en concreto, la imposibilidad de ordenar medios de prueba sobre fuentes probatorias que no consten en los autos, se evita que el juez pueda actuar inquisitivamente, buscando pruebas más allá de las libremente introducidas por las partes».

⁸³ ABEL LLUCH, *Iniciativa probatoria de oficio*, cit., p. 160.

⁸⁴ TARUFFO, *La semplice verità*, cit., p. 122.

⁸⁵ En sentido similar, RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento civil*, I, cit., p. 631.

⁸⁶ Es ciertamente interesante la lectura de J. CARRERAS LLANSANA, «Facultades materiales de dirección», en FENECH y CARRERAS, *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1962, p. 259: «Entendemos que en esta ordenación resulta censurable únicamente la subordinación del acuerdo sobre recibimiento a prueba a la petición de alguna de las partes; es el juez, en realidad, quien sin mengua para el principio dispositivo rectamente entendido debe decidir si los hechos han sido o no admitidos enteramente y si por ello hace falta que las partes le demuestren la certeza de todos o parte de los hechos alegados. Es el juez quien en su día ha de decidir a fijar la base fáctica de su decisión, y por ello resulta absurdo que se le prive de la facultad de determinar si es o no necesaria la prueba. Es más, la experiencia demuestra que a veces, por olvidos involuntarios, se ha debido fallar sin prueba un proceso que la requería, y el respeto al interés de los litigantes no puede llevarse tan lejos que se obligue al juez a fallar de modo injusto por olvidos o deficiencias no imputables siquiera a las partes, sino a sus representantes o defensores».

entre imparcialidad y prueba de oficio, no siendo tan evidente, haya generado algunos comentarios tan encendidos. Y no es tan obvia porque la misma quiebra de la imparcialidad que se ve en esta actividad de oficio del juez hubiera podido ser vista en cualquier otra actividad igualmente oficial del juzgador, y en cambio no ha sido así⁸⁷.

En realidad, el origen de esta polémica está en la antigua discusión generada con el concepto de «verdad material», y se remonta, como ya vimos, a ENDEMANN. Recordemos que dicho autor se quejaba de que estando el proceso civil regido estrictamente por el principio de aportación de parte, no se podía obtener la auténtica verdad en el proceso⁸⁸, dado que el juzgador quedaba al arbitrio de lo que dispusieran las partes en materia probatoria. Por ello propuso una matización de dicho principio, dejando al margen a la confesión judicial⁸⁹, al no reconocerle auténtico valor probatorio. Sin embargo, al hilo de esa discusión, ya vimos que WACH⁹⁰ había puesto en cuestión que la averiguación de la verdad material fuera un fin del proceso civil, dado que ello implicaría la actuación *ex officio* del juez, lo que, a su juicio, convertiría el proceso en inquisitivo. Conclusión a la que VON CANSTEIN⁹¹ se opuso con contundencia, recordando que el principio opuesto al inquisitivo no era el dispositivo, sino el de aportación de parte, quedando por tanto el principio dispositivo incólume con la actividad probatoria oficial del juez. Pero argumentaba este último autor que incluso el principio de aportación de parte podía subsistir de ese modo, dado que el mismo no se oponía a que el juez utilizara en su convicción, no sólo los medios propuestos por las partes, sino también aquellos que estuvieran a su disposición sin llevar a cabo tareas investigadoras.

Se comprende que pasar de estas reflexiones a la discusión sobre la imparcialidad es bien sencillo, pero no sin un salto argumental relevante. Hay que creer que todo lo oficial es inquisitivo, y que todo lo inquisitivo es parcial para llegar a esa conclusión. Y de ahí cabría deducir, creo que erróneamente, que todo lo oficial es parcial. Desde luego, si así fuera, los procesos no podrían celebrarse como los conocemos hoy en día, porque en todos ellos existe actividad oficial. Y cuando dicha actividad se aplica a la prueba, no cabe deducir de ello, a renglón seguido, que la actividad probatoria deviene parcial. Creer que la prueba es una actividad exclusivamente de parte proviene de las épocas anteriores a la Ilustración que, ciertamente, muy democráticas no parece que fueran, por cierto, si es que se quiere enlazar la organización de la actividad probatoria con la política. Esa ligazón me parece personalmente inadecuada, porque supone mezclar sistemas de gobierno con sistemas de justicia, lo que no siempre resulta homologable, dado que justicias imparciales han existido en gobiernos autoritarios, y hay sobrados ejemplos de ello. Y tampoco cabe decir que los únicos sistemas autoritarios del mundo hayan sido los totalitaristas, puesto que la Roma imperial o los Estados absolutos

⁸⁷ Advierte de ello RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento civil*, I, cit. pp. 631-632.

⁸⁸ ENDEMANN, «Die Folgen freier Beweisprüfung», cit., p. 324.

⁸⁹ ENDEMANN, «Der Eid bei freier Beweisführung», cit., pp. 351 y 380-381.

⁹⁰ WACH, «Der Entwurf einer deutschen Civilprozeßordnung», cit., pp. 331 y ss.

⁹¹ VON CANSTEIN, «Die Grundlagen des Beweisrechts», cit., p. 351.

sin ir más lejos, fueron tan autoritarios como cualquiera de los regímenes del siglo XX a los que se ha colocado esta etiqueta y, en cambio, no cabe decir sistemáticamente y en todo caso lo mismo ni de sus Justicias, ni de las normas que las regulaban⁹².

Pero es que incluso considerando el argumento principal de los autores que relacionan prueba de oficio con imparcialidad, resulta algo infamante para el juez afirmar que con su actividad de proposición de prueba no tenga otra opción que pretender favorecer a una u otra parte, es decir, que no tenga otra alternativa que prevaricar si propone algún medio de prueba. El juez, incluso en un proceso civil, se va a encontrar con un elenco de hechos convertidos que deberá averiguar para poder dictar sentencia. Es posible que, pese a todo, no lo consiga, y tras ello tenga que utilizar las reglas de carga de la prueba, que en absoluto son incompatibles, por cierto, con la actividad oficial en materia probatoria. Es decir, las partes propondrán unos medios de prueba. Supongamos que el juez pueda disponer la práctica de algunos medios adicionales. Pues bien, si el resultado probatorio es infructuoso, el juez podrá utilizar igualmente las reglas de carga de la prueba, juzgando en contra de la parte que verosímelmente hubiera debido disponer de la prueba, pero no la ha aportado.

Por todo ello, entiendo que la unión entre imparcialidad y prueba de oficio no es más que una secuela de una discusión que tuvo su sentido en el siglo XIX, pero que hoy ha dejado de tenerlo por completo. Nadie duda actualmente de las facultades del juez en la gestión del proceso, como por ejemplo en materia de impulso oficial, a diferencia del impulso de parte que había regido antiguamente⁹³. Parece obvio que no es incompatible entender la prueba como una oportunidad de defensa de las partes, pero también como una actividad destinada a generar la convicción judicial. Y siendo así, parece razonable que todos los actores implicados en la prueba, el juez y las partes, puedan participar en la misma. Diferente sería el caso si el poder del juez anulara el de las partes, pero no porque ello hiciera al juez parcial, porque podría ser perfectamente imparcial a pesar de ello. El problema es que se produciría un menoscabo del derecho de defensa inconciliable con las garantías que hoy anudamos al debido proceso.

Por añadidura, y paso ya a la tercera y última cuestión de las propuestas, no se aprecia conceptualmente una enorme diferencia entre la actividad de proposición oficial de medios de prueba, y la labor de admisión, también oficial, de dichos medios cuando son propuestos por las partes. Si aceptamos la definición de MONTERO AROCA⁹⁴, que es pacífica, según la cual la admisión es el «acto del tribunal por el que, previo examen de los requisitos necesarios, determina los medios de prueba que, de entre los propuestos por las partes, deben practicarse en el proceso», lo cierto es que cuando un juez decide la práctica, de oficio, de ciertos medios de prueba, de hecho va a hacer exac-

⁹² Vid. TARIFFO, «Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa», cit., pp. 456-457.

⁹³ Ni siquiera los que discuten que el juez pueda practicar prueba de oficio. Vid. VERDE, «Las ideologías del proceso en un reciente ensayo», cit., p. 68, citando a MONTERO AROCA.

⁹⁴ MONTERO AROCA, *La prueba*, cit., p. 179.

tamente lo mismo: observará, en su caso, los que han propuesto las partes, apreciará su pertinencia y utilidad, y propondrá otros, valorando también en el acto la pertinencia y utilidad de los que él mismo proponga, lógicamente, antes de ponerlos de manifiesto.

Es decir, la única diferencia estriba en que cuando el juez realiza la admisión de los medios de prueba, dichos medios le han venido propuestos por las partes. Y en cambio, cuando los propone él mismo, evidentemente las partes no han tenido la más mínima intervención. Pero la actividad es idéntica: el juez valora la pertinencia y utilidad de los medios a practicar. Es decir, valora que se relacionen con el objeto del juicio, y que sean útiles para determinar la pequeña historia de dicho objeto. Por tanto, la actividad de admisión y la de proposición oficial no se distinguen conceptualmente más que en el punto indicado. De hecho, si se quiere relacionar la parcialidad con estas actividades, tan parcial puede ser un juez en la proposición oficial como en la admisión, inadmitiendo dolosamente los medios que plantee, por ejemplo, una de las partes. Señal de que ambas actividades son, en esencia, idénticas.

Llegados a este punto, y para dar respuesta a la pregunta de si una actividad oficial en materia de proposición de prueba favorece una mejor valoración, entiendo que no se puede recurrir a los argumentos tradicionales. Al contrario, debe analizarse en primer lugar si la proposición de oficio es realizable desde el punto de vista estructural, y en segundo lugar si es conveniente que sea así desde la perspectiva de lograr un juicio jurisdiccional, no ya más imparcial, sino más objetivo.

Desde el primer punto de vista, ciertamente no parece que el juez, civil al menos, tenga la posibilidad de conocer tan exhaustivamente la pequeña historia del proceso como para disponer de entrada la práctica de medios de prueba. Hay que tener en cuenta que debe juzgar muchos otros casos, y va a resultar difícil que teniendo un conocimiento necesariamente sesgado del asunto, sólo a través de lo que le dicen las partes pueda tomar esa decisión en las mejores condiciones.

Por ello, y pasando al segundo punto, a fin de que el juez no incurra en un sesgo de exceso de confianza del juicio emitido⁹⁵, probablemente es más conveniente que no pueda proponer prueba en las fases iniciales del proceso, más que nada para que no desprece los medios propuestos por las partes y preste atención solamente a lo que él mismo propuso. El juicio de proposición/admisión de medios de prueba es *prima facie*, porque el juez puede no tener demasiados elementos para tomar su decisión. Y por ello es conveniente que se comprometa lo menos posible en estas fases iniciales. Sin embargo, cuando toda la actividad probatoria ya ha tenido lugar y el juez ha observado su eficacia o su ineficacia, ese es el momento en el que el juzgador está en mejores condiciones para decidir sobre la proposición de medios de prueba adicionales, puesto que ello evitará en algunas ocasiones tener que acudir a una siempre ingrata aplicación de las reglas de carga de la prueba. Es más,

⁹⁵ Como ya indiqué en NIEVA FENOLL, *Enjuiciamiento prima facie*, cit., p. 175.

que, con tal sea la actitud de las partes ante la proposición del juez, es posible que aunque no dé resultado el medio de prueba que proponga, se abra un camino adicional para valorar mejor la conducta de cada parte a efectos de la carga de la prueba.

Y no se diga que con esa proposición adicional buscará el juez favorecer a una parte, que de lo contrario tendría que sufrir las consecuencias de su mal hacer probatorio. Considero que el proceso jurisdiccional no es una competición para favorecer al litigante más avisado o pícaro incluso, sino un medio de resolución de conflictos que se basa en el esclarecimiento de los hechos y del derecho como forma de poner fin a la disputa. Los conflictos se pueden resolver de muchas formas, incluso a través de ordalías, si se desea. Pero en nuestra cultura hemos decidido que lo más pacífico y razonable era precisamente proceder a ese esclarecimiento. Recuérdense las acertadísimas palabras de CARRERAS LLANSANA: «el respeto al interés de los litigantes no puede llevarse tan lejos que se obligue al Juez a fallar de modo injusto por olvidos o deficiencias no imputables siquiera a las partes, sino a sus representantes o defensores»⁹⁶.

En conclusión, parece que no existen inconvenientes a que el juez pueda proponer prueba de oficio. Sucede solamente que, a fin de evitar que su actividad sea sesgada, lo mejor es que solamente pueda proceder a esa actividad al final del proceso, una vez que las partes ya han desplegado su actividad probatoria, como mero complemento para aquel que se ve en la tesitura de juzgar, y se percata de una alarmante falta de datos para hacerlo.

C) La prueba ilícita

Un último escollo que dispone el ordenamiento a la libre valoración de la prueba es la prohibición de considerar ciertos materiales en cuya obtención se han vulnerado derechos fundamentales, o se han cometido otras irregularidades, o bien se han conculcado prohibiciones probatorias⁹⁷ establecidas en el ordenamiento⁹⁸. Todo ello es algo tan asumido por los más diversos

⁹⁶ J. CARRERAS LLANSANA, «Facultades materiales de dirección», en FENECH y CARRERAS, *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1962, p. 259.

⁹⁷ La terminología se remonta a E. BELING, *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitsforschung im Strafprozeß*, Breslau, 1903, pp. 3, 5-6, y es interesante reproducir las circunstancias en que dicho autor definió el concepto. En primer lugar definió dichas prohibiciones como «normas que o bien instan a dejar sin investigar en absoluto un determinado hecho —prohibiciones probatorias absolutas— o bien declaran la inadmisibilidad de determinados medios de prueba —prohibiciones probatorias relativas—». Y manifestó que esas prohibiciones se derivaban, en primer lugar, de intereses públicos del Estado, el bienestar general o la conservación de las relaciones internacionales. En segundo lugar, por el respeto a la histórica posición privilegiada de las dinastías gobernantes, y en tercer lugar, en consideración a los intereses privados derivados de las relaciones familiares, de la propiedad privada (refiriéndose al domicilio, cfr. p. 23) y de la intimidad. Y digo intimidad, dado que la expresión que utilizó BELING (*anvertraute Geheimnisse*) me parece anticuada, aunque equivalente a lo que hoy entendemos en el lenguaje corriente, ciertamente, por intimidad.

⁹⁸ Opto, por ello, por la concepción amplia del concepto que propone M. MIRANDA ESTRAMPES, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Barcelona, 1999, p. 30.

ordenamientos que no es preciso entrar en una exposición mil veces repetida sobre el tema, citando la jurisprudencia estadounidense.

Lo único que cabe preguntarse en este apartado, a los efectos de esta obra, es si es legítimo que el ordenamiento aparte la visión del juez de ciertos medios de prueba. Desde luego, la cuestión es sociológicamente muy polémica, porque la ciudadanía acostumbra a no entender los «peros» jurídicos a la valoración de ciertas pruebas que, todo hay que decirlo, han podido llevar auténticamente a la averiguación de la realidad de los hechos. Desde luego a primera vista parecen contrarias a la razón humana dichas exclusiones. Y, de hecho, si el fin de la actividad probatoria es el esclarecimiento de los hechos, no se entiende tan fácilmente, en un primer examen superficial, que otros intereses puede defender el ordenamiento jurídico que lleven a estas ilicitudes probatorias.

Esos intereses son conocidos. Se pretende, sobre todo, que la actividad de investigación policial no degenera en una labor llevada a cabo por una pandilla de justicieros para los que no existen límites. Muchos de los derechos fundamentales reconocidos existen, precisamente, para proteger al ciudadano del poder público. Y además, en el fondo de todo se estima que si la labor policial se practica de acuerdo con lo que establezcan los derechos fundamentales, será mucho más complicado introducir pruebas falsas en el proceso, lo cual favorecerá, sin duda, el derecho de defensa. En el proceso civil ocurre algo parecido. Sin vulnerar derechos fundamentales es más difícil que ingresen en el proceso pruebas falsas, lo que favorece, al menos desde este punto de vista, la averiguación de la verdad.

Mucho más problemáticas son las prohibiciones que escapan de ese objetivo de la protección de los derechos fundamentales, como las derivadas de los secretos oficiales (art. 417.2 LECrim), o las que dimanar de la calidad del declarante, como las que impiden la declaración del rey, o de los parientes, o de los sacerdotes (art. 417) o de los abogados (art. 416 LECrim). O las que basan en irregularidades en el procedimiento probatorio⁹⁹. Y es que a través de las mismas se están protegiendo intereses públicos¹⁰⁰ como la seguridad del Estado, o la dignidad de ciertas personalidades, o bien las creencias religiosas de una determinada confesión, o incluso la paz y concordia de las relaciones familiares¹⁰¹. Sólo en relación con los abogados podríamos recuperar el espíritu de la protección de derechos fundamentales, dado que esa prohibición está sin duda fundamentada en el debido derecho de defensa de los litigantes.

Pero con todo y con ello, lo cierto es que con estas prohibiciones se hurta a los jueces el conocimiento de la realidad de los hechos. Y cabe preguntarse legítimamente si todo ello es oportuno.

En cuanto a las pruebas que son ilícitas por vulnerarse derechos fundamentales hay que proclamar muy claramente que no hay alternativa. Siem-

⁹⁹ Sobre todas ellas *vid.* MIRANDA ESTRAMPES, *El concepto de prueba ilícita*, cit., pp. 32 y ss.

¹⁰⁰ B. SCHMITT, *Die richterliche Beweiswürdigung im Strafprozess*, Lübeck, 1992, p. 190.

¹⁰¹ *Vid.* MIRANDA ESTRAMPES, *El concepto de prueba ilícita*, cit., p. 41.

pre, claro está, que no se desee volver a una época de salvajismo en las tareas de investigación que, además, favorece una excesiva libertad de los cuerpos de seguridad que comporta que la presencia de pruebas falsas sea muchísimo más factible. Por supuesto que en ocasiones la verdad permanecerá oculta tras una prueba que no pudo utilizarse, debido a su ilicitud. Pero el alto riesgo de que esa prueba sea falsa, precisamente por ser ilícita, debe llevar a descartar su presencia en el proceso. Y adicionalmente cabría añadir lo obvio: no se sabe de qué serviría la existencia de derechos fundamentales si en cualquier proceso pudieran ser vulnerados. Es la misma razón por la que las irregularidades en el procedimiento probatorio, si son relevantes, es decir, si han afectado al derecho a la tutela judicial efectiva, deben ser expulsadas del proceso.

Ahora bien, las otras prohibiciones basadas, sobre todo, en motivos sociológicos, son muy peligrosas, porque en ellas se protegen valores que en absoluto cabe relacionar con el esclarecimiento de la realidad de los hechos, lo que hace que, efectivamente, se opongan a la esencia de nuestro principal sistema de resolución pacífica de conflictos: el proceso. Con el pretexto de cuestiones relacionadas con la seguridad del Estado que pueden afectar, de hecho, a los derechos fundamentales de muchísimas personas, podrían llegar a defenderse las prohibiciones relacionadas con el jefe del Estado o con los secretos oficiales, aunque no deja de ser una forma un tanto vergonzante de optar por el mal que afecta a menos personas, sacrificando injustamente a unos pocos. Es por lo que algunos excesos en esa materia han derivado en ocasiones en revoluciones y golpes de Estado a lo largo de la historia, estuvieran o no relacionados los excesos con la existencia de un proceso.

Sin embargo, las prohibiciones que actualmente parecen carecer de toda justificación son las derivadas de las relaciones familiares y de las creencias religiosas. Con respecto a las primeras, no puede aceptarse que un temor grave, o una solidaridad familiar mal entendida, acabe encubriendo los delitos más terribles. Una cosa es promover la familia como estructura básica de organización y cohesión social, y otra muy distinta es que esa estructura sirva para echar tierra encima de actuaciones horripilantes. Y por el mismo motivo carece actualmente de justificación el respeto secular por el secreto de confesión, sea cual fuere la religión implicada¹⁰². En épocas en que existe una confusión entre el poder de la Iglesia y el poder del Estado, o bien en que la mayoría de la población confía en el perdón divino de los pecados, el respeto por el secreto de confesión tiene todo su sentido, y hasta contribuye a la paz social, fin último del proceso. Pero cuando la situación política y sociológica ya no es esa, el secreto de confesión es generalmente incomprendido

¹⁰² En relación con la religión católica, rige el art. XVI.7 del Concordato entre España y la Santa Sede de 1953: «Los clérigos y los religiosos podrán ser citados como testigos ante los Tribunales del Estado; pero si se tratase de juicios criminales por delitos a los que la ley señale penas graves deberá pedirse la licencia del Ordinario del lugar en que se instruye el proceso. Sin embargo, en ningún caso podrán ser requeridos, por los Magistrados ni por otras Autoridades, a dar informaciones sobre personas o materias de las que hayan tenido conocimiento por razón del Sagrado Ministerio». Este artículo del Concordato está en vigor en virtud del art. VIII del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos de 3 de enero de 1979.

porque impide el conocimiento de la realidad de los hechos en el proceso. Es por ello por lo que, sin realizar propuesta alguna de la derogación de esa norma, que no me corresponde, siempre que se deseen seguir respetando las atribuciones de las jerarquías eclesiásticas, sí que sería preciso avanzar en el camino de las dispensas de dicho secreto por parte de las jerarquías en cada caso concreto, favoreciendo la ampliación de los acuerdos con las distintas confesiones a tal efecto, sobre todo en caso de delito grave, sin necesidad de tener que recurrir a suspensiones *a divinis* o incluso excomuniones del ministro de cada religión.

En cualquier caso, lo cierto es que todas esas prohibiciones, que no están sustentadas en derechos fundamentales, impiden una regular actividad de valoración de la prueba. Son contrarias al conocimiento de los hechos y están sustentadas en valores políticos o sociológicos fundamentalmente, a diferencia de lo que ocurre cuando dichos valores se concretan en un derecho fundamental, momento en el que sí que es posible, tanto teórica como prácticamente, vincular el conocimiento de la realidad de los hechos con el debido respeto a esos derechos, de la manera ya indicada. Por supuesto, en esta materia es fundamental que el legislador fije como derecho fundamental solamente valores respetados de forma prácticamente unánime por la población, puesto que de lo contrario la comprensión de la ciudadanía por la existencia de la ilicitud de las pruebas se haría todavía mucho más complicada.

4. LA ACTIVA PARTICIPACIÓN DEL JUEZ EN LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA

La implicación del juez en materia de proposición de la prueba, como acabamos de ver, es discutible pero no ilegítima. Por el contrario, no parece resultar cuestionable que los juzgadores deberían participar muchísimo más durante la práctica de la prueba de lo que lo hacen normalmente. Parece pesar un tanto la sombra de la «parcialidad» en esta materia, como si el juez permaneciendo silente durante la práctica de la prueba, consiguiera una mayor neutralidad, cuando en realidad, salvo que incurra en excesos, no es así. Desde luego, esa implicación del juez hace más compleja la labor de los letrados, puesto que tienen que reaccionar rápidamente a lo que manifiesta el juez. Pero es obvio que estando dirigida la prueba a la convicción judicial, parece de lo más normal que el juzgador pueda consultar sus dudas a las partes o al resto de intervinientes en el proceso durante la práctica de la prueba, a fin de entender mejor la resultancia de los medios practicados.

En esta materia, los equilibrios también son importantes. Como digo, el juez no puede incurrir en excesos, lo que implica que no puede adoptar actitudes que rompan su ecuanimidad, presionando, por ejemplo, a los testigos o a los peritos, o a las partes, para que ofrezcan una determinada respuesta, actuando con prepotencia o, simplemente, con desconsideración. Sin embargo, una regular labor judicial relacionada con la práctica de la prueba optimizará sus posibilidades de esclarecer la realidad de los hechos. Veamos cómo y de qué manera.

A) La intervención judicial durante la práctica de la prueba

Decía RAMOS MÉNDEZ que «se ha fomentado como una especie de temor ancestral a descubrir las cartas, a saber qué piensa el tribunal, como si lo que hubiese de primar fuese el celo en guardar los secretos del reino»¹⁰³. Al margen de la evidente sátira que encierra la frase, su espíritu tiene bastante de verdad. Tradicionalmente se ha inculcado en los jueces, normalmente de forma tácita, que el silencio y la pasividad en las vistas acrecentaba su imagen de imparcialidad. No se ha dicho normalmente con estas palabras, pero esta idea existe en el imaginario colectivo judicial.

Pese a todo, sin duda, una cierta distancia por parte del juez favorece su imagen de ecuanimidad ante los que presencien la vista de que se trate, pero no de forma que el juez se transforme en un mero convidado de piedra. La cuestión tiene relevancia, sobre todo, en los interrogatorios, sean de partes, testigos o peritos. Las leyes no sólo no impiden que los jueces cuestionen a esos sujetos sobre aspectos concretos, sino que existen numerosos preceptos que avalan dicha intervención de una manera ciertamente más amplia de lo que suele observarse en la práctica.

Limitando el estudio a las leyes españolas, en la Ley de Enjuiciamiento Civil encontramos preceptos que no solamente disponen la participación del juez a la hora de seleccionar las preguntas que se formulen a las partes o a los testigos, por ejemplo, en atención a su relación con el objeto del proceso, o a que incluyan calificaciones o valoraciones o que no sean claras y precisas¹⁰⁴. También se permite que los jueces formulen preguntas, aunque siempre se da prioridad a las partes. En concreto, en relación con el interrogatorio de parte, el art. 306.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil concede esta posibilidad al tribunal para obtener declaraciones o adiciones, es decir, una vez que los abogados ya hayan interrogado al litigante¹⁰⁵. En el mismo sentido se dispone esta facultad con respecto a los testigos¹⁰⁶ y a los peritos¹⁰⁷. Y en el proceso penal se cita esta facultad con respecto a la prueba de testigos¹⁰⁸, pero en general, como la regulación de la prueba en el juicio oral se entiende,

¹⁰³ RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento civil*, I, cit., p. 632.

¹⁰⁴ *Vid.* arts. 302, 303 y 368 LEC.

¹⁰⁵ **Art. 306.1 LEC.** Una vez respondidas las preguntas formuladas por el abogado de quien solicitó la prueba, los abogados de las demás partes y el de aquella que declarare podrán, por este orden, formular al declarante nuevas preguntas que reputen conducentes para determinar los hechos. El tribunal deberá repeler las preguntas que sean impertinentes o inútiles. Con la finalidad de obtener aclaraciones y adiciones, también podrá el tribunal interrogar a la parte llamada a declarar:

¹⁰⁶ *Vid.* art. 372.2. LEC: «Con la finalidad de obtener aclaraciones y adiciones, también podrá el tribunal interrogar al testigo».

¹⁰⁷ **Art. 347.2. LEC 2.** El tribunal podrá también formular preguntas a los peritos y requerir de ellos explicaciones sobre lo que sea objeto del dictamen aportado, pero sin poder acordar, de oficio, que se amplíe, salvo que se trate de peritos designados de oficio conforme a lo dispuesto en el apartado 5 del art. 339.

¹⁰⁸ **Art. 708.II LECrim.** El Presidente, por sí o a excitación de cualquiera de los miembros del Tribunal, podrá dirigir a los testigos las preguntas que estime conducentes para depurar los hechos sobre los que declaren.

expresa o tácitamente, integrada por los preceptos sobre las diligencias de investigación del juez de instrucción, no es dudoso que el juez penal del juicio oral tiene las mismas facultades de inquirir a un imputado, a un testigo o a un perito que cualquiera de las partes.

Visto lo anterior, la cuestión consiste en decidir si las leyes actúan en este sentido de forma acertada o si, continuando la línea de discusión iniciada en los epígrafes anteriores, una intervención judicial en este periodo habría de comprometer la imparcialidad del juez y, por tanto, debería ser desterrada como algo incluso inconstitucional, por poder resultar vulnerador del derecho al juez imparcial, una de las garantías más esenciales del proceso regularmente celebrado (art. 24.2 CE).

Desde luego, nada más lejos de la realidad. Como ya dije, no es negativo que el juez se implique en la prueba, pero en este periodo creo que es esencial que lo haga, porque si no entiende la declaración de alguno de los sujetos que depongan en el proceso, bien parece que lo lógico es que consulte sus dudas con el declarante, y no que permanezca en silencio, mostrando un desinterés rayano con la apatía, que en todo caso, le hará permanecer con la duda. Ello es especialmente grave si se tiene en cuenta que, llegado el momento de motivar la sentencia, si persiste esa duda, es posible que se vea obligado a aplicar puntualmente, y de manera innecesaria si hubiera preguntado, la carga de la prueba. Pero lo que entiendo que resulta más peligroso es que en la motivación de la sentencia el juez improvise y elucubre sobre lo que cree que el declarante hubo dicho, pero que desde luego no dijo. Ese tipo de invenciones deben ser desterradas por completo de la motivación, como veremos seguidamente, y no es admisible que vengán causadas precisamente por una actitud pasiva del juez.

Desde luego, también se puede teorizar sobre que si el juez pregunta, está ayudando a alguna de las partes. Y nuevamente ello es falso. El juez no sabe lo que el declarante va a decir, y por eso pregunta. Por ello, hay que desautorizar esa idea de que si el juez participa en esta fase del proceso, está supliendo la labor del abogado de alguna de las partes. Quienes defienden esta conclusión parten de la base, en el fondo, de que el juez observa una mala actuación de un letrado, y se ven en el ánimo de suplirle, rompiendo supuestamente su imparcialidad.

Pero es que aunque el estímulo del juez sea ése, no por ello deja de ser imparcial. Insisto en que el juez no tiene por qué pretender ayudar a nadie, sino simplemente completar aquello que no le haya quedado claro. Las partes le han convocado para que, convencido de su propia verdad sobre el problema fáctico-jurídico planteado, dicte sentencia. Por supuesto que el interés de las partes no suele ser que resplandezca la verdad, sino simplemente ganar el proceso. Y por ello precisamente es por lo que la figura del juez y su intervención en esta fase resultan esenciales. Y es que habida cuenta, precisamente, de que el juez es imparcial, no le moverá otro impulso que intentar alejarse de las posiciones interesadas de las partes y tratar de esclarecer el *dubium* que le han planteado.

Si no fuera así, es decir, si el juez tuviera que permanecer perfectamente pasivo en la fase de práctica probatoria, desde luego asistiría al proceso como un árbitro desinformado o, peor aún, informado solamente por lo que las partes le transmiten. Y de ese modo sólo tendría la opción de asumir lo que dice una parte, o lo que dice la otra, en virtud de sus propios argumentos probatorios, ya que elucubrar otros distintos le hará incurrir en lagunas a la hora de motivar. Y desde luego, en ese caso —que por cierto es el más frecuente—, el resultado es lamentable. El juez, a la hora de motivar la sentencia, se encuentra con que le faltan elementos de convicción. Y como no los tiene, simplemente decide sin motivar, diciendo que ha valorado conjuntamente la prueba o exponiendo pretextos similares que sólo encubren una auténtica desinformación probatoria, que desde luego podría haberse subsanado durante la práctica de la prueba.

En conclusión, no parece quedar otra opción que propugnar el cumplimiento de las leyes y, por tanto, promover la activa participación del juez durante la práctica de las declaraciones. Desde luego, con prudencia, como veremos más adelante. Si un abogado no puede realizar preguntas capciosas, sugestivas, poco claras, que incluyan valoraciones o que supongan reprimendas, desde luego que tampoco lo puede hacer un juez. Y ciertamente, lo más procedente es que formule esas preguntas una vez acabadas las preguntas de las partes, porque ello le ahorrará trabajo y esfuerzo de formulación de preguntas, aunque tampoco es descartable que participe para centrar la cuestión a debatir cuando el abogado o el testigo estén siendo demasiado imprecisos. Como digo, en el capítulo siguiente analizaré algo más estos puntos en la medida en que afecten a la actividad de valoración.

B) La intervención judicial en la fase de conclusiones

Como colofón a todo lo anterior, parece también relevante la intervención del juez en la fase de conclusiones. Es el momento en el que las partes exponen, sobre todo, lo que en su opinión ha dado de sí la prueba, y es ciertamente la fase en la que el juez puede resolver ulteriores dudas, especialmente, pero no solamente, en torno a la aplicación de la carga de la prueba, porque es en el momento en el que mejor se va a evidenciar la conducta probatoria de las partes.

Para ello, tiene que interpelar a los letrados. De hecho, esta fase puede ser realizada de manera que los letrados expongan sin más sus conclusiones y el juez concluya con el formulismo «visto para sentencia», o bien puede ser aprovechada para que, después de esos parlamentos, el juez exponga cuáles son sus dudas e intente disiparlas.

Sin embargo, para que esta fase sea eficaz y pueda reflejarse posteriormente de forma correcta la valoración de la prueba y, en su caso, la carga de la prueba, el juez no debería acudir a dicha fase sin un proyecto o borrador de sentencia, o al menos de sus puntos principales. Es decir, si solamente atiende a lo que ha visto y oído durante la práctica de la prueba, es posible que se le escapen detalles que sólo se le revelarán como relevantes cuando

inicie la redacción de la sentencia. Para entonces, en el proceso civil, solo quedará la escasa posibilidad que actualmente presentan las llamadas «diligencias finales»¹⁰⁹, que como ya indiqué sustituyeron a las diligencias para mejor proveer. Pero en el proceso penal no le quedarán ya opciones. En el proceso civil, en ese caso, tendrá que aplicar la carga de la prueba, posiblemente de manera ilegítima, dado que la falta de prueba es posible que no sea imputable a la conducta de ninguna de las partes, sino a un detalle que pasa por alto, de buena fe, a todos los sujetos procesales. Y en el proceso penal, ante la duda, se verá obligado a absolver, interpretando esa duda sistemáticamente a favor de reo, en conjunto con la valoración de las pruebas que se hayan practicado.

Si todo ello, que en el fondo es una solución extrema, puede evitarse con esta conversación entre juez y abogados, no parece haber motivo para evitarla, sobre todo teniendo en cuenta que es un acto público en presencia de ambas partes en el que las mismas tienen idénticas oportunidades de defenderse. Es decir, no se trata de una conversación privada del juez con el letrado de solamente una de las partes, que como acto que queda en secreto al margen de todo procedimiento, es completamente rechazable. La veremos más adelante.

5. LA IMPRESCINDIBLE MOTIVACIÓN DE LA VALORACIÓN PROBATORIA

La Doctrina jurídica ha realizado especiales esfuerzos en materia de motivación. Se han elaborado estudios filosóficos que, en mayor o menor medida, buscaban a la vez ser prácticos¹¹⁰. Por otra parte, se han realizado análisis que quizás lo que perseguían era forzar el concepto de motivación para conseguir la admisión de recursos de casación sustentados en la errónea valoración de la prueba¹¹¹. En todo caso, esos estudios han servido para perfilar el concepto y se han planteado interesantes debates en torno a la supuesta justicia de la resolución, así como a su aceptación social, buscada a través de la motivación y el control democrático que comporta¹¹², e incluso se ha profundizado en lo que la motivación tiene de justificación de la decisión del juez¹¹³, o de la expresión de su fuero interno psicológico, aunque esto último es muchísimo más delicado¹¹⁴. Se ha relacionado también la motivación con

¹⁰⁹ Arts. 435 y 436 LEC.

¹¹⁰ Vid. P. CALAMANDREI, «La genesi logica della sentenza civile», en *Opere Giuridiche*, vol. 1, pp. 50 y ss. CARNELUTTI, *La prova civile*, cit., pp. 74 y ss. M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1970. P. ANDRÉS IBÁÑEZ, «Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal», en *En torno a la jurisdicción*, Buenos Aires, 2007, pp. 200 y ss.

¹¹¹ E. AMODIO, «Motivazione della sentenza penale», *Enciclopedia di Diritto*, t. XXVII, 1977, pp. 181 y ss, especialmente a partir de la p. 207.

¹¹² ANDRÉS IBÁÑEZ, «Acerca de la motivación», cit., p. 177. AMODIO, «Motivazione», cit., p. 185. IGARTUA SALAVERRÍA, *Valoración de la prueba*, cit., pp. 175 y ss. TARUFFO, *Motivazione della sentenza*, cit., p. 2. GUASCH FERNÁNDEZ, *El hecho y el Derecho*, cit., p. 451.

¹¹³ R. HERNÁNDEZ MARÍN, *Las obligaciones básicas de los jueces*, Madrid, 2005, p. 145.

¹¹⁴ Vid. F. M. IACOVELLO, *La motivazione de la sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, Milano, 1997, p. 62.

el derecho de defensa de las partes a los efectos, nuevamente, de la interposición de recursos¹¹⁵. Y hasta se ha abundado en su contenido —¿jurídico?— para intentar llegar a las entrañas del juicio jurisdiccional¹¹⁶.

Todo ello es sobradamente conocido y no es necesario, por consiguiente, reproducirlo aquí. Además, la finalidad de los epígrafes que siguen es muchísimo más modesta, por varias razones. En primer lugar, no debe confundirse la valoración de la prueba —a la que va dedicada esta obra— con la motivación de dicha valoración. Es cierto que desde el plano psicológico es perfectamente factible que el juez pueda valorar mientras motiva, pero lo correcto a efectos teóricos y expositivos es entender que la motivación es simplemente, al menos en cuanto a la parte probatoria, la expresión de dicha valoración, que es conceptualmente diferente, por tanto, a la misma. De hecho, la valoración en sí misma sigue unas reglas y caminos distintos, que son aquellos a los que me referiré en el último capítulo, y que nada tienen que ver, en realidad, con la técnica de la motivación. Por otra parte, la motivación es un concepto que alcanza a la expresión de todos los pensamientos judiciales contenidos en un juicio jurisdiccional, y en cambio la valoración de la prueba constituye solamente uno de esos pensamientos.

No obstante, lo que sí que resulta muy importante es que esa referida técnica de la motivación no entorpezca la actividad valorativa. Y es justamente en esa medida en la que me voy a ocupar de la motivación en esta obra. Suele leerse comúnmente que en la actividad de motivación se emplean esquemas inductivos, y no es que ello sea falso en la práctica, ni mucho menos, pero debe advertirse que resulta muy inconveniente aplicar ese mismo esquema de pensamiento cuando nos referimos, no a la motivación, sino a la actividad de valoración de la prueba, que como iremos viendo en este grupo de epígrafes y en los posteriores, es y debe ser eminentemente deductiva, salvo en algunos aspectos muy concretos. Por otra parte, muy pocas veces se le ha dicho al juez, realmente, cómo tiene que motivar sus sentencias desde el punto de vista no solamente de la redacción, sino de la ordenación de su pensamiento y de la exclusión de todo aquello que impida que sus reflexiones sean lo más objetivas posible. Por ello, tampoco me ocuparé de la técnica de redacción de la motivación, por ser, por una parte, una cuestión de argumentación jurídica ajena a esta obra. Pero es que además, esa redacción constituye en buena medida una habilidad cuya enseñanza, en realidad, no pertenece a la docencia estrictamente jurídica.

A todo lo citado en el párrafo anterior, salvo a lo exceptuado, dedicaré los epígrafes siguientes, dado que todo el resto de lo que se suele estudiar bajo la rúbrica de «motivación» no resulta en realidad relevante, siempre que sea conocido, claro está. No se vea en mis palabras un desprecio por la doctrina que ha tratado la motivación, todo lo contrario. Sin sus reflexiones

¹¹⁵ M. TARUFFO, «Motivazione della sentenza. (III, Diritto processuale civile)», *Enciclopedia giuridica (Treccani)*, vol. 20, Roma, 1990, pp. 1. GUASCH FERNÁNDEZ, *El hecho y el Derecho*, cit., p. 450.

¹¹⁶ C. M. DE MARINI, *Il giudizio di equità nel processo civile*, Padova, 1959, pp. 82 y ss. SERRA DOMÍNGUEZ, «El juicio jurisdiccional», en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1969, pp. 63 y ss.

inicie la redacción de la sentencia. Para entonces, en el proceso civil, sólo le quedará la escasa posibilidad que actualmente presentan las llamadas «diligencias finales»¹⁰⁹, que como ya indiqué sustituyeron a las diligencias para mejor proveer. Pero en el proceso penal no le quedarán ya opciones. En el proceso civil, en ese caso, tendrá que aplicar la carga de la prueba, posiblemente de manera ilegítima, dado que la falta de prueba es posible que no sea imputable a la conducta de ninguna de las partes, sino a un detalle que pasó por alto, de buena fe, a todos los sujetos procesales. Y en el proceso penal, ante la duda, se verá obligado a absolver, interpretando esa duda sistemáticamente a favor de reo, en conjunto con la valoración de las pruebas que sí se hayan practicado.

Si todo ello, que en el fondo es una solución extrema, puede evitarse con esta conversación entre juez y abogados, no parece haber motivo para evitarla, sobre todo teniendo en cuenta que es un acto público en presencia de ambas partes en el que las mismas tienen idénticas oportunidades de defenderse. Es decir, no se trata de una conversación privada del juez con el letrado de solamente una de las partes, que como acto que queda en secreto y al margen de todo procedimiento, es completamente rechazable. La veremos más adelante.

5. LA IMPRESCINDIBLE MOTIVACIÓN DE LA VALORACIÓN PROBATORIA

La Doctrina jurídica ha realizado especiales esfuerzos en materia de motivación. Se han elaborado estudios filosóficos que, en mayor o menor medida, buscaban a la vez ser prácticos¹¹⁰. Por otra parte, se han realizado análisis que quizás lo que perseguían era forzar el concepto de motivación para conseguir la admisión de recursos de casación sustentados en la errónea valoración de la prueba¹¹¹. En todo caso, esos estudios han servido para perfilar el concepto y se han planteado interesantes debates en torno a la supuesta justicia de la resolución, así como a su aceptación social, buscada a través de la motivación y el control democrático que comporta¹¹², e incluso se ha profundizado en lo que la motivación tiene de justificación de la decisión del juez¹¹³, o de la expresión de su fuero interno psicológico, aunque esto último es muchísimo más delicado¹¹⁴. Se ha relacionado también la motivación con

¹⁰⁹ Arts. 435 y 436 LEC.

¹¹⁰ Vid. P. CALAMANDREI, «La genesi logica della sentenza civile», en *Opere Giuridiche*, vol. 1, pp. 50 y ss. CARNELUTTI, *La prova civile*, cit., pp. 74 y ss. M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1970. P. ANDRÉS IBÁÑEZ, «Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal», en *En torno a la jurisdicción*, Buenos Aires, 2007, pp. 200 y ss.

¹¹¹ E. AMODIO, «Motivazione della sentenza penale», *Enciclopedia di Diritto*, t. XXVII, 1977, pp. 181 y ss, especialmente a partir de la p. 207.

¹¹² ANDRÉS IBÁÑEZ, «Acerca de la motivación», cit., p. 177. AMODIO, «Motivazione», cit., p. 185. IGARTIA SALAVERRÍA, *Valoración de la prueba*, cit., pp. 175 y ss. TARUFFO, *Motivazione della sentenza*, cit., p. 2. GUASCH FERNÁNDEZ, *El hecho y el Derecho*, cit., p. 451.

¹¹³ R. HERNÁNDEZ MARÍN, *Las obligaciones básicas de los jueces*, Madrid, 2005, p. 145.

¹¹⁴ Vid. F. M. LACOVIELLO, *La motivazione de la sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, Milano, 1997, p. 62.

el derecho de defensa de las partes a los efectos, nuevamente, de la interposición de recursos¹¹⁵. Y hasta se ha abundado en su contenido —¿jurídico?— para intentar llegar a las entrañas del juicio jurisdiccional¹¹⁶.

Todo ello es sobradamente conocido y no es necesario, por consiguiente, reproducirlo aquí. Además, la finalidad de los epígrafes que siguen es muchísimo más modesta, por varias razones. En primer lugar, no debe confundirse la valoración de la prueba —a la que va dedicada esta obra— con la motivación de dicha valoración. Es cierto que desde el plano psicológico es perfectamente factible que el juez pueda valorar mientras motiva, pero lo correcto a efectos teóricos y expositivos es entender que la motivación es simplemente, al menos en cuanto a la parte probatoria, la expresión de dicha valoración, que es conceptualmente diferente, por tanto, a la misma. De hecho, la valoración en sí misma sigue unas reglas y caminos distintos, que son aquellos a los que me referiré en el último capítulo, y que nada tienen que ver, en realidad, con la técnica de la motivación. Por otra parte, la motivación es un concepto que alcanza a la expresión de todos los pensamientos judiciales contenidos en un juicio jurisdiccional, y en cambio la valoración de la prueba constituye solamente uno de esos pensamientos.

No obstante, lo que sí que resulta muy importante es que esa referida técnica de la motivación no entorpezca la actividad valorativa. Y es justamente en esa medida en la que me voy a ocupar de la motivación en esta obra. Suele leerse comúnmente que en la actividad de motivación se emplean esquemas inductivos, y no es que ello sea falso en la práctica, ni mucho menos, pero debe advertirse que resulta muy inconveniente aplicar ese mismo esquema de pensamiento cuando nos referimos, no a la motivación, sino a la actividad de valoración de la prueba, que como iremos viendo en este grupo de epígrafes y en los posteriores, es y debe ser eminentemente deductiva, salvo en algunos aspectos muy concretos. Por otra parte, muy pocas veces se le ha dicho al juez, realmente, cómo tiene que motivar sus sentencias desde el punto de vista no solamente de la redacción, sino de la ordenación de su pensamiento y de la exclusión de todo aquello que impida que sus reflexiones sean lo más objetivas posible. Por ello, tampoco me ocuparé de la técnica de redacción de la motivación, por ser, por una parte, una cuestión de argumentación jurídica ajena a esta obra. Pero es que además, esa redacción constituye en buena medida una habilidad cuya enseñanza, en realidad, no pertenece a la docencia estrictamente jurídica.

A todo lo citado en el párrafo anterior, salvo a lo exceptuado, dedicaré los epígrafes siguientes, dado que todo el resto de lo que se suele estudiar bajo la rúbrica de «motivación» no resulta en realidad relevante, siempre que sea conocido, claro está. No se vea en mis palabras un desprecio por la doctrina que ha tratado la motivación, todo lo contrario. Sin sus reflexiones

¹¹⁵ M. TARUFFO, «Motivazione della sentenza. (III, Diritto processuale civile)», *Enciclopedia giuridica (Treccani)*, vol. 20, Roma, 1990, pp. 1. GUASCH FERNÁNDEZ, *El hecho y el Derecho*, cit., p. 450.

¹¹⁶ C. M. DE MARINI, *Il giudizio di equità nel processo civile*, Padova, 1959, pp. 82 y ss. SERRA DOMÍNGUEZ, «El juicio jurisdiccional», en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1969, pp. 63 y ss.

no hubiera podido construir los siguientes apartados, dado que faltaría la base dogmática a partir de la cual he ordenado mis ideas. Pero insisto en que esa base, por ser simplemente un fundamento, no puede ser objeto de los siguientes epígrafes. Demos, pues, comienzo a la explicación de los elementos a tener en cuenta muy concretamente en la motivación de la valoración de la prueba.

A) Preparación de la motivación: reducción a unidad de la dispersión de ideas tras la práctica de la prueba

Durante la práctica de la prueba, pueden ser múltiples las ideas que habrán surgido en la mente judicial sobre el acacamiento de los hechos y su valoración jurídica. A esas ideas, probablemente, se habrán sumado las que sean expuestas por los letrados durante la fase de conclusiones. E incluso es posible, especialmente en los procesos complicados, que el juez, repasando la resultancia de los medios de prueba, caiga en la cuenta de nuevas conclusiones fácticas, o al menos de matices de las mismas en los que nadie reparó.

En todo caso, de ello va a derivarse una multiplicidad de pensamientos que la mente judicial intentará poner en orden con las notas tomadas durante la vista. O volviendo a ver, bien las filmaciones (si las hubo) de las sesiones orales del proceso, bien las actas del mismo, o incluso recordando en cualquier momento de su vida cotidiana aquello que vio y oyó, de manera que, casualmente, se dé cuenta de algo y logre sacar de repente alguna conclusión razonable que le permita disipar alguna duda y dictar sentencia. Muchas de esas ideas le provocarán interrogantes que inevitablemente va a tener que resolver, en un sentido o en otro, en la sentencia, dado que las dudas podrían conducir a un *non liquet* que está prohibido por el ordenamiento jurídico.

Pues bien, de lo que se trata ahora es de poner en orden todo lo anterior. En un proceso con una abundante actividad probatoria esa labor es muy compleja, pero en un proceso más breve tampoco es tan fácil como se pueda pensar, pues la tendencia en este último tipo de procesos a resolver *prima facie* es verdaderamente muy acusada. Pero no voy a dar consejos sobre cómo ordenar la actividad probatoria, porque estimo que cualquier jurista, como estudiante de nivel superior que ha sido, tiene «su» propia manera de poner en orden lo que hace y dice. Y además, en todo caso, la organización de tareas es una cuestión de simple gestión en la que no debo entrar en este momento. Debo advertir, solamente, que para ordenar ideas y reducir a unidad la dispersión, es necesario discriminar los aspectos que no interesan o parecen poco relevantes, a riesgo de perderse en detalles que impiden la visión del conjunto. Ésa es una tarea muy delicada, dado que hay aspectos del acervo probatorio de un proceso cuya importancia sólo se revela tras analizar el resultado de otro medio de prueba, y es necesario volver atrás en el análisis. En todo caso, es un trabajo de relación para el que se requiere un cierto entrenamiento que, como dije, debió haberse realizado durante la preparación de la carrera judicial.

Pero en todo caso, lo que interesa destacar en este epígrafe es que el juez, con los pasos intermedios, gestión de los resultados de las pruebas y orden de examen que le parezcan más cómodos, tiene que llegar a la elaboración de un listado de hechos relevantes jurídicamente. Es decir, de todos los medios de prueba que vaya analizando, debe ir extrayendo los hechos que resultan de los mismos. Como resultado, tendrá una exposición de hechos acompañada del medio de prueba en el que se fundan, que le servirá muy eficazmente en la debida elaboración de su motivación. Y es que con ese listado realizado en esos términos, habrá conseguido un eficaz resumen de lo actuado.

En esa tarea, es importante que evite uno de los peores enemigos del juez, que ha sido históricamente referido reiteradamente como «prejuicio», y que viene actualmente explicitado por todos los heurísticos y sesgos del pensamiento que describí líneas atrás, y que es innecesario reproducir ahora. En definitiva, sin perjuicio de ir alcanzando conclusiones intermedias, lo que no es admisible es que el juez se quede solamente con las primeras impresiones que reciba de un medio de prueba, porque pueden ser completamente erróneas, sufriendo a partir de entonces los peores riesgos del «anclaje y ajuste»¹¹⁷, descrito líneas más atrás. Es decir, deben reducirse a unidad las ideas, pero no a costa de quedarse con la primera conclusión que le surja despreciando todo el resto de elementos a partir de entonces¹¹⁸, que podrían haberle hecho cambiar de conclusión.

B) Evitación de esquemas inductivos en la fase anterior

La fase anterior, aunque sea introductoria, es la más importante de toda la actividad de motivación. Por supuesto que también es relevante la redacción final de la misma, pero dicha redacción, como ya indiqué, se encuadra en la enseñanza de una habilidad que no forma parte propiamente del apren-

¹¹⁷ TVERSKY y KAHNEMAN, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, cit., pp. 14 y ss.

¹¹⁸ Es una conducta, además, bastante frecuente. Vid. las muy ilustrativas palabras de MIRANDA ESTRAMPES, «El estándar constitucional de suficiencia en la motivación fáctica de las sentencias y la valoración de la totalidad de las pruebas», *La Ley*, núm. 7241, Sección Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, 15 de septiembre de 2009, que expresan a la perfección lo que deseo expresar: «Más allá de las singularidades del caso concreto analizado, la censura constitucional se dirige a aquellas prácticas jurisdiccionales que en el momento de la valoración de la prueba y de la explicitación justificativa del razonamiento probatorio en la sentencia mutilan, parcial e interesadamente, el resultado de la totalidad de la prueba practicada cuando la misma resulta decisiva para resolver el núcleo esencial de la pretensión planteada. Esta operación de maquillaje probatorio no cumple con los estándares constitucionales derivados del reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva en su modalidad de derecho a obtener una resolución judicial motivada y fundada en Derecho. Toda resolución judicial debe dar cuenta de la totalidad del cuadro probatorio disponible exteriorizando las razones por las cuales descarta o acoge su resultado, sin ofrecer una visión distorsionada, por fragmentada o mutilada, de dicho resultado. La motivación de la resolución judicial, en su aspecto relativo al razonamiento probatorio, exige como característica de relevancia constitucional, de su completud, esto es, la necesidad de analizar la totalidad de las pruebas admitidas y practicadas en un proceso siempre que las mismas resulten relevantes para resolver las cuestiones planteadas, salvo que su omisión pueda interpretarse de forma razonable como una respuesta tácita a esa exigencia justificativa. La suficiencia de la motivación como estándar constitucional obliga a que dicha motivación fáctica tenga un carácter integral, esto es, que alcance a todas las pruebas relevantes y útiles, sin omisiones ni silencios».

dizaje del Derecho, sino que es previa. Centrémonos más, por tanto, en el proceso mental de la actividad de motivar.

En esa etapa de preparación de la motivación, es completamente inconveniente que el juez tenga en mente un resultado final, pero no en el sentido de que ya prejuzgue, por ejemplo, que el imputado es culpable o inocente, sino en relación a que sea esa la única cuestión a resolver. Por supuesto que en un proceso penal queremos saber si el imputado cometió el delito, o en un proceso civil desearemos conocer si la suma demandada es realmente debida al actor. Pero ello tiene que servir de guía sobre todo en la fase de admisión de los medios de prueba, antes vista, pero no propiamente en esta fase de recopilación de los resultados probatorios.

Explicándolo de forma más sencilla a través de un ejemplo, pongamos por caso que en un proceso penal deseamos conocer la autoría de un robo, teniendo a un único imputado sentado en el banquillo. Pues bien, el error consiste en practicar la prueba y extraer sus resultados pensando únicamente en la responsabilidad del imputado, cuando en realidad lo necesario en este momento es emprender una actividad mucho más genérica. Se trata de averiguar lo sucedido de manera amplia. Y la diferencia de una u otra orientación es relevante. Si centramos toda la recopilación de la resultancia probatoria en saber si el imputado fue o no culpable, que es lo que realmente se suele hacer —especialmente cuando el proceso se celebra ante un jurado—, en realidad estamos asumiendo una sola versión de los hechos, que intentamos confirmar o desmentir. Y por el camino nos dejaremos atrás al menos las siguientes e importantes cuestiones:

1. Si el delito realmente se cometió.
2. Si fue otra persona quien cometió el delito.
3. Si existieron otros hechos delictivos que el hecho investigado permitiera encubrir.

Desde luego, pese a que el juez se plantee sólo una posible versión de los hechos, podría concebir otras alternativas. Pero el peligro de que se dejen de lado esas importantes cuestiones, que en el fondo constituyen esas alternativas, aumenta cuando lo único que nos preocupa es una culpabilidad o una inocencia derivada de ese relato preconcebido, es decir, cuando en la recopilación de la resultancia probatoria que se realiza al final prácticamente del proceso para preparar la motivación, inductivamente se parte de la base de que lo único importante es la culpabilidad o la inocencia del imputado basada en un determinado relato. O bien, en un proceso civil, si el demandado es o no deudor según la versión de los hechos aportada por cada parte, que puede ser falsa en ambos casos. Y sin embargo, cuando se trata de recopilar esa resultancia probatoria y reducir la dispersión a unidad, resulta muy inconveniente ese afán por resolver rápidamente el caso comprobando una sola versión —o su alternativa propuesta por la parte contraria— de lo sucedido, porque de lo que se trata es de ver qué ha dado de sí la prueba, sin despreciar nada *a priori*, ya que de lo contrario, como antes ya se refirió, es muy probable que se subestime una parte importante de la actividad probatoria, apartando el juez su examen de esa actividad.

Es decir, lo que debe realizarse en esta fase es una actividad que favorezca la deducción, y no que parta de la inducción. Ya utilizamos la inducción para llevar a cabo la admisión de la prueba, pero en este instante queremos saber qué ha dado de sí esa actividad probatoria. Y realizando las cosas de ese modo, sin descartes, al menos de momento, la imagen que se tiene de la resultancia probatoria es mucho más fiel a la realidad.

Otro ejemplo más extenso, éste de la vida real, contribuirá a aclarar lo que estoy expresando¹¹⁹. El 20 de agosto de 1910, José María Grimaldos desapareció de la localidad de Tresjuncos. Ese mismo día había vendido unas ovejas de su propiedad, se había dado unos baños de lodo en la laguna de la Celadilla, y nada más se supo de él a partir de entonces.

Como la desaparición carecía completamente de móvil, empezó a correr por el pueblo el rumor de que José María había sido asesinado. La familia de José María sabía que León Sánchez y Gregorio Valero se burlaban continuamente de José María, y por ello concibieron la hipótesis de que el desaparecido podría haber sido asesinado por ellos dos, con el fin de robarle el dinero de la venta de las ovejas. León y Gregorio fueron detenidos, puestos en libertad por falta de pruebas, pero nuevamente apresados en 1913 ante la persistencia en la incriminación de los familiares del desaparecido, aprovechando que había venido un nuevo juez a Belmonte, que era el competente para instruir los hechos. Los detenidos estuvieron presos hasta 1918, cuando por fin se desarrolló el proceso ante un jurado, que los condenó a 18 años de cárcel, pena de la que cumplieron solamente una parte, puesto que fueron indultados en 1925.

El razonamiento de condena del jurado fue absolutamente lógico, desde el modelo inductivo. En el proceso se trataba de averiguar simplemente si León y Gregorio mataron a José María. Y fueron encontrados culpables, sin más. Para justificarlo, a buen seguro tuvieron en cuenta que los acusados eran enemigos del desaparecido. Además, habían confesado su crimen y, por tanto, ellos debían ser los culpables. Y con ello, siguiendo exactamente los mismos tres puntos antes referidos, el jurado ignoró los siguientes hechos:

1. Jamás apareció ni el cadáver ni otros vestigios de violencia.
2. No se plantearon la posibilidad de que pudiera haber otros responsables.
3. Tampoco averiguaron realmente si habían robado el dinero de las ovejas, o si las confesiones habían sido obtenidas con tortura.

Pero es que, además, tampoco tuvieron en cuenta el hecho de que hubieran sido los familiares del propio desaparecido los que habían extendido el rumor en el pueblo, lo que podría haberles llevado a la conclusión de que podrían haber sido ellos los responsables de la desaparición, o que al menos existiera una animadversión de la familia hacia León y Gregorio, como

¹¹⁹ Los detalles del caso pueden consultarse en R. PÉREZ BUSTAMANTE, «El crimen de Cuenca»: un enorme error judicial», *Abogacía Española*, núm. 38, 2006, pp. 56-57. F. VALBUENA GONZÁLEZ, «El crimen de Cuenca: la instrucción del proceso penal», *Revista jurídica de deporte y entretenimiento*, núm. 21, 2007, pp. 427 y ss.

consecuencia de las burlas a las que sometían a su familiar. O que el hecho de vender las ovejas obedeciera a la idea de José María de emprender un viaje. No se plantearon alternativa alguna a la culpabilidad —o inocencia— del homicidio por parte de los acusados a los que, evidentemente, acabaron condenando.

Cuál sería la sorpresa de todos cuando José María Grimaldos reapareció causalmente en el pueblo el 8 de febrero de 1926, con el fin de buscar su partida de bautismo porque pensaba casarse. Se descubrió que lo único que había sucedido es que el desaparecido, harto de las burlas de León y Gregorio, había decidido marcharse del pueblo y trasladarse a Mira, un municipio distante unos 170 km de Tresjuncos. El Tribunal Supremo anuló todo el proceso a través de la revisión penal interpuesta por el Ministerio Fiscal, reconociendo la existencia de las torturas¹²⁰. Esa es la historia, muy resumida, del llamado «crimen de Cuenca» desde entonces, por la provincia en la que sucedieron los hechos.

Pero lo interesante, para lo que ahora importa, es analizar el daño que, al margen de las torturas policiales y el mal funcionamiento generalizado de la justicia, hizo la mismísima lógica inductiva en este proceso. Como dije, se pretendía averiguar la responsabilidad de León y Gregorio. Se declaró la culpabilidad justificándola seguramente en la enemistad de los acusados con el desaparecido y en la confesión de los reos, lo que a primera vista puede parecer incluso razonable. Qué diferente hubiera podido ser todo si el jurado hubiera planteado el esquema a la inversa. Es decir, si se hubiera partido de la base de que existían dos hechos: la enemistad de los imputados y su confesión. De tales hechos simplemente, ¿cabe deducir la responsabilidad de los imputados? Y la respuesta obvia es que no, no ya desde el punto de vista jurídico¹²¹, sino desde un punto de vista simplemente razonable. Todo el mundo sabe que el reconocimiento de los hechos por un enemigo no puede sustentar la veracidad de dichos hechos, aunque solamente sea porque la enemistad determina la parcialidad del testigo, incluso cuando la declaración se ha realizado en contra de sus propios intereses.

Pues bien, ello puede suceder en cualquier otro proceso. Por ello, lo que es esencial es que el Juez evite conclusiones precipitadas, incluso cuando la conclusión sea una alternativa entre X o no X, como ocurre cuando tiene que decidir sobre la culpabilidad o la inocencia de unos hechos, simplemente porque la alternativa podría ser Y, o Z, y así hasta el infinito. Normalmente, por supuesto, la solución será X o no X, pero el hecho de pensar solamente en X le impide contemplar otras alternativas, que sólo surgen si, a la luz del material probatorio, el juez se plantea otras hipótesis diferentes a las que en aquel momento le parezcan obvias. Es decir, como vimos líneas atrás, es necesario que el juez se plantee otros posibles modelos mentales resultantes de las pruebas. Y ello sólo es posible si observa realmente los resultados de

¹²⁰ Sentencia de 10-7-1926, en *Jurisprudencia Criminal*, t. CXIV, pp. 53 a 56.

¹²¹ Art. 406 LECrim. La confesión del procesado no dispensará al juez de instrucción de practicar todas las diligencias necesarias a fin de adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y de la existencia del delito. [...].

esas pruebas, sean cuales fueren, y no si solamente trabaja para confirmar o desmentir una sola versión de los hechos.

Por consiguiente, el juez debe concebir alternativas a las versiones de los hechos, tantas como surjan de los materiales probatorios que tenga ante sí. Esa será la única forma a través de la cual sea posible dictar una sentencia mucho más próxima a los hechos que si simplemente se atiende a las versiones de una u otra parte. Y ello porque las partes, normalmente, a pesar de lo señalado en el epígrafe dedicado a los modelos mentales, acostumbrarán a plantear una sola versión de lo sucedido, dado que si proponen más de una, pueden ser tachadas de faltar a la verdad, lo que tácticamente es inconveniente en el proceso. De ahí la necesidad de que el juez no sea un mero espectador de la lucha entre dos litigantes en un proceso. Su implicación tiene que ser más fuerte que nunca en esta fase, no para desmentir, naturalmente, los hechos en los que las partes se muestren conformes, pero sí para construir alternativas a los hechos sobre los que las partes dudan. Siendo ello así, sería muy conveniente que el juez, antes de dictar sentencia, contrastara su propia versión con las partes, a fin de que éstas manifestaran su opinión sobre dicha versión. Pero para ello, es preciso disponer un papel más activo y menos secretista del juez en la fase de conclusiones, de manera que sin prejuzgar el fondo del asunto —precisamente porque espera que los litigantes le manifiesten su opinión al respecto—, expusiera a las partes cuáles son sus impresiones sobre la prueba, para que éstas las puedan contrastar debidamente¹²², sin que se vean sorprendidas, como es habitual, por la sentencia. Además, de ese modo sería también más fácil que el juez expresara verdaderamente y en detalle su auténtico razonamiento probatorio, cosa que a día de hoy resulta infrecuente.

¹²² Estoy proponiendo algo similar a lo que existe en el § 279.III de la ZPO alemana: «*Im Anschluss an die Beweisaufnahme hat das Gericht erneut den Sach- und Streitstand und, soweit bereits möglich, das Ergebnis der Beweisaufnahme mit den Parteien zu erörtern*». Es decir, ya en fase de conclusiones, el precepto citado obliga al juez alemán a «debatir el resultado de la práctica de la prueba con las partes». Lo importante es ese «con», que al menos en lengua alemana no deja lugar a la duda de que el juez debe tener una postura activa en ese momento, lo que le obligará, al menos en parte, a exponer su impresión sobre los hechos tras la práctica de la prueba. De lo contrario, ese «debate» no sería tal, sino un monólogo de las partes ante un convidado de piedra, lo que es contrario a la voluntad del precepto. Vid. JADERNIG, *Zivilprozessrecht*, cit., p. 66. GEHRLEIN, *Erste Erfahrungen mit der reformierten ZPO — Erinstanzliches Verfahren und Berufung*, MDR 2003, p. 423: «*Grundsätzlich hat das Gericht —gegebenenfalls nach Durchführung einer Zwischenberatung— den Parteien offen zu legen, in welchem Sinn und mit welchem Ergebnis es die Beweisaufnahme zu würdigen beabsichtigt*». Algo parecido también existió en el proyecto contenido en PROFESORES DE DERECHO PROCESAL DE LAS UNIVERSIDADES ESPAÑOLAS, *Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1974, vol. I, pp. 140 y 305. En la primera referencia decían los autores: «Para que no se pueda pensar que una providencia para mejor proveer se ordena con fines dilatorios, el art. 308 del Proyecto preceptúa que el juez o la Sala han de manifestar los puntos en que se presentan las dudas sobre los hechos, determinantes de la necesidad de la instrucción probatoria, y que ésta no podrá ser reiterada». Lo que se concretaba en el art. 308.II de la propuesta: «El juez o la Sala expresará en la providencia para mejor proveer, a título indicativo, los puntos sobre los que se les ofrezcan las dudas, o las razones determinantes de la necesidad de ellas».