



## **Inmediación y valoración de la prueba: el retorno de la irracionalidad**

(Immediacy and evidence evaluation: the return of the irrational)

***Jordi Nieva Fenoll***

Ph.D. Professor at the University of Barcelona, Spain

**Abstract:** The article deals with the assumption that the judge that personally and directly conducts the taking of the evidence in court is the adequate person to decide the case. By criticizing the traditional approach, the text offers a different view on the subject.

**Keywords:** Evidence. Evaluation. Irrationality

1. Introducción. 2 Contenido de la valoración de la prueba. a. Enfoques desde lo que estudiar la valoración de la prueba. b. Aplicación de los saberes científicos precisos a la valoración de cada medio de prueba. 3. Requisitos imprescindibles para una adecuada valoración probatoria. 4. Crítica al pretexto de la “inmediación”.



## 1. Introducción

Ha costado muchos siglos conseguir que los jueces estuvieran presentes en la práctica de la prueba, obteniendo por fin la ansiada “inmediación”<sup>1</sup>. En España sólo se logró ese objetivo tras la aprobación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, pero esa inmediación no siempre tiene lugar, todavía, durante la instrucción penal en la práctica. En otros Estados sigue sin practicarse en absoluto.

Sin embargo, creo que nadie pudo llegar a pensar jamás que esa deseada inmediación acabara sirviendo para que los jueces eludieran la valoración de la prueba, porque se pretendía justamente lo contrario. De hecho, la debida valoración de la prueba es precisamente lo que siempre han deseado los legisladores de muchos lugares desde muy antiguo<sup>2</sup>, demostrando un especial empeño en esta materia, luchando contra la arbitrariedad judicial. Por ejemplo, las primeras “protonormas” de prueba legal, que aconsejaban el valor tasado de la prueba documental<sup>3</sup>, o un cierto número de testigos para tener por acreditado un hecho<sup>4</sup>, son un fiel testimonio de la preocupación legislativa sobre el tema. A partir de ahí, el ulterior desarrollo de

---

<sup>1</sup>Se está luchando por ella al menos desde 1.500. Vid. NR, Libro XII, Título XXXII, Ley X. Hablando de de las pruebas de declaración de personas, obliga a su práctica “*sin cometerlas en ningún caso á los Escribanos ni á otra persona alguna*”.

<sup>2</sup>Como veremos después, ya desde el Código de Hammurabi. LARA PEINADO, Federico, *Código de Hammurabi*, Madrid 1997, §§ 10, 11, 13, 150, 182 y 183.

<sup>3</sup>Siempre del código de Hammurabi: §150: *Si el marido donó a su esposa campo, huerta o casa, y le escribió un documento al respecto, después de la muerte del marido sus hijos no podrán reclamarle nada; la madre dejará en herencia esos bienes al hijo que prefiera, pero no a un extraño.*

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

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

<sup>4</sup>También de las leyes de Hammurabi: §10 *Si el comprador no ha presentado al vendedor que le vendió la cosa, ni a los testigos en cuya presencia se efectuó la compra, y el dueño de la cosa perdida presenta testigos que atestigüen (la preexistencia de) la cosa (y el dominio) de dicho propietario, el comprador fue el ladrón: será castigado con la muerte. El propietario de la cosa perdida recobrará su propiedad.*

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

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



esas normas conoció diferentes épocas<sup>5</sup>, llegándose a reflejar, por ejemplo, exclusiones de algunos testigos que no eran sino reflejo de poco más que caprichos, antojos, algunas excentricidades y otros desatinos que no eran más que ridículas aversiones propias de cada época<sup>6</sup>.

Llegó un momento en el que cualquier observador percibió que los jueces sometidos a esas normas no declaraban la realidad de los hechos<sup>7</sup>, sino que realizaban una aplicación mecánica de dichas reglas para eludir la valoración de la prueba. Pero costó muchísimo darse cuenta de ello<sup>8</sup>, y aún hoy en día se encuentran restos de pruebas legales en muchas leyes procesales civiles. Sin embargo, como ha ocurrido en otros ámbitos, finalmente la tendencia que condujo a superar esas auténticas arbitrariedades –por cierto, estrictamente legales–, vino de la impronta de la racionalidad, en este caso en los juicios jurisdiccionales.

No obstante, la introducción del sistema de valoración libre supuso una vez más, en muchos casos, una nueva puerta abierta a la irracionalidad más flagrante. Los jueces, hurtados de las normas de prueba legal, dejaron de motivar sus conclusiones sobre la prueba, pretextando que su “íntima convicción” era por supuesto racional, pero no motivable, al estar

---

<sup>5</sup>Codex, Libro IV, título XX, nº 9, §1: *Simili modo sauximus, ut unius testimonium nemo iudicium in quacunque causa facile patiatur admitti. Et nunc manifeste sancimus, ut unius omnino testis responsio non audiat, etiamsi praeclarae curiae honore praefulgeat.*

<sup>6</sup>Un buen ejemplo de ello lo constituye la Ley Partida III, tít. XVI, que impidió el testimonio de los siguientes sujetos: personas de mala fama, condenados por falso testimonio, falsificadores, envenenadores, abortistas, asesinos, adúlteros, libertinos, violadores, apóstatas, incestuosos, enajenados mentales, ladrones, proxenetas, tahures, lesbianas transvestidas, pobres de solemnidad, mentirosos, incumplidores de sentencias, judíos, musulmanes, herejes (Ley 8), presos, toreros, prostitutas, libertos en pleito de su antiguo señor (Ley 10), siervos (salvo excepciones y bajo tormento, Leyes 12 y 13), así como en pleitos hereditarios, a mujeres y hermafroditas que “tirassen mas a varon que a muger” (Ley 17). Toda una crónica social de la época.

<sup>7</sup>Hay varios antecedentes, incluso entre la literatura (RABELAIS, François, *Faits et dits du Géant Gargantua et de son fils Pantagruel*, 1732, cap. 37, p. 252 y ss.). Vid. también TARUFFO, Michele, *Liberò convincimento del giudice. (Il Diritto processuale civile)*, Enc. giur. Treccani, vol. XVIII, Roma 1990, p. 1.

<sup>8</sup>El primero que lo hizo con especial vehemencia y con trascendencia para la doctrina posterior fue BENTHAM, Jérémie, *Traité des preuves judiciaires*, Paris 1823, pp. 9 y ss: p. 9. “...on remonte à l'origine de ces règles si gênantes et si peu raisonnables, de cette variété de tribunaux qui ont chacun leur système et qui multiplient si étrangement les questions de compétence, de ces fictions puériles qui mêlent sans cesse l'œuvre du mensonge à la recherche de la vérité. L'histoire de cette jurisprudence est le contraire de celle des autres sciences : dans les sciences, on va toujours en simplifiant les procédés de ses prédécesseurs ; dans la jurisprudence, on va toujours en les compliquant davantage. Les arts se perfectionnent en produisant plus d'effets par des moyens plus faciles ; la jurisprudence s'est détériorée en multipliant les moyens et en diminuant les effets.”



basada en su propio leal saber y entender que, en esencia y siempre según esa antigua orientación, sería difícilmente explicable con precisión<sup>9</sup>.

Con todo, hubo intentos de reconducir la situación. El concepto de “máxima de experiencia”<sup>10</sup> y la mayor exigencia de motivación de las resoluciones judiciales<sup>11</sup>, que en muchos lugares había quedado en el olvido o había sido suprimida por razones profundamente cuestionables<sup>12</sup>, trataron de conferir una serie de caminos racionales por los que pudiera discurrir la actividad probatoria, y se realizara finalmente la deseada valoración de la prueba con la debida seriedad. Aunque el éxito, por desgracia, fue escaso en demasiadas ocasiones, para lamento de los litigantes y sus abogados.

Desde luego, echando una mirada a la historia parece como si existiera un especial empeño en evitar la valoración de la prueba, porque a la vista está que no han faltado históricamente subterfugios para ese fin. El último y más escandaloso, y que está actualmente vigente, es precisamente la indebida utilización del concepto de “inmediación”<sup>13</sup>, como vamos a ver<sup>14</sup>.

---

<sup>9</sup>JARKE, *Bemerkungen über die Lehre vom unvollständigen Beweise, vornehmlich in Bezug auf die außerordentlichen Strafen*, Neues Archiv des Criminalrechts, 1826, pp. 102-103. MITTERMEIER, *Die Lehre vom Beweiseim deutschen Strafprozesse*, Darmstadt 1834, p. 66. Y muy concretamente VON SAVIGNY, Friedrich Karl, *Über Schwurgerichte und Beweistheorie im Strafprozesse*, Goldammers Archiv, 1858, pp. 469 y ss.

<sup>10</sup>STEIN, Friedrich, *Das private Wissen des Richters*, Leipzig 1893, p. 15.

<sup>11</sup>A partir del siglo XIX, aunque la exigencia es indudablemente anterior. Vid. ALISTE SANTOS, Tomás Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, Salamanca 2010, pp. 111 y ss. Tesis doctoral inédita.

<sup>12</sup>Como ocurrió en Cataluña, Mallorca y otros territorios del este peninsular a partir de 1778. Vid. Nov. Recop. Libr. XI, tít. XV Ley VIII. De hecho, en cataluña se disponía desde antiguo el deber de motivar las sentencias: “*sien tenguts de exprimir en las ditas sententias diffinitivas los motius quels hauran moguts per axi declarar, e diffinitivament sententiar*”. CYADC, I, 7, 3, 2 (1510, p. 363).

<sup>13</sup>Vid. STC 2/2010, 11-1-2010, FJ 4: “*En el presente supuesto la Audiencia Provincial de La Coruña directamente consideró que con el visionado de la grabación audiovisual del juicio oral ante el Juez de lo Penal resultaba suficiente para revalorar las pruebas de carácter personal practicadas en aquel juicio, determinantes de la culpabilidad, declarando además en la Sentencia núm. 250/2006 recurrida, que el Juez de lo Penal de Santiago de Compostela había incurrido en error de calificación, fijando por ello un nuevo relato de hechos probados que desembocaba en la condena de quien había sido inicialmente absuelto. Al actuar así, y sin esgrimir una causa que impidiera la nueva comparecencia de los acusados y testigos (pruebas personales), olvidó -por más que se le había solicitado por la contraparte de apelación- que privaba al recurrente del derecho constitucional a la inmediación, y que se inhabilitaba para revalorar la credibilidad de dichas pruebas personales en segunda instancia sin nueva vista. Por ello, en aplicación de la referida doctrina, cabe estimar vulnerado el derecho al proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE.*” Vid. también STEDH 22-11-2011, as. Lacadena Calero c. España.

<sup>14</sup>Vid. una muy acertada crítica en IGARTUA SALAVERRIA, Juan, *Prueba científica y decisión judicial (unas anotaciones propedéuticas)*, La Ley, nº 6812, 2-11-2007.



En todo lo anterior entiendo que existe una errónea noción sobre el contenido de la valoración de la prueba y lo que realmente implica. Por ello, comenzaré este estudio con la exposición de ese contenido y de sus necesarios presupuestos. Tras ello quedará el análisis de la excusa de la “inmediación”, que se revelará absurda después de la debida comprensión de lo que implica la valoración de la prueba.

## 2. Contenido de la valoración de la prueba

Valorar la prueba supone percibir los resultados de la actividad probatoria que se realiza en un proceso<sup>15</sup>. Puede extrañar esta definición, que se refiere únicamente a la “percepción” de esos resultados, porque puede echarse de menos el “análisis” que encierra toda actividad valorativa.

Sin embargo, lo anterior se comprende mucho mejor si se capta que para percibir es necesario haber interpretado al mismo tiempo. Es decir, aquello que no se interpreta, simplemente no se ve, es decir, pasa *desapercibido*. En cambio, aquello que ha sido objeto de percepción se sabe lo que es, justamente porque se ha interpretado e identificado. Por tanto, con la valoración de la prueba lo único que es necesario es que el Juez perciba los resultados que arroje cada medio de prueba. Si es capaz de hacerlo, habrá entendido lo que implicaba la práctica de dichos medios y estará en condiciones de dictar sentencia. Es también por ello por lo que ciertamente es precisa la inmediación, aunque no en la absurda medida que se está afirmando últimamente.

---

<sup>15</sup>Así lo definí en NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, Madrid 2010, p. 34.



### a. Enfoques desde los que estudiar la valoración de la prueba

La actividad valorativa se ha intentado explicar por la Ciencia desde cinco diferentes puntos de vista. En primer lugar, se trató de darle a la valoración de la prueba un contenido jurídico describiendo los sistemas de prueba legal y prueba libre. Pero ese análisis no explica la esencia de la actividad, sino que solamente constata la existencia de esos sistemas en las leyes, sin ir más allá.

Por ello la doctrina intentó un enfoque epistemológico o gnoseológico que ha tenido bastante éxito entre los autores<sup>16</sup>, aunque no realmente entre la judicatura. Consiste, fundamentalmente, en describir los tipos de hechos que existen y cómo procede el juez, desde la lógica, a su averiguación. Existen muy diferentes tendencias en esta materia, pero finalmente de lo que se trata es de establecer una especie de probabilidad epistemológica de que un hecho haya sucedido. En realidad, se utilizan diferentes variantes del antiguo sistema silogístico, analizando la elección de las premisas y la regularidad en la obtención de los resultados aplicando el método científico. Finalmente se concluye que sólo es “probable” aquello que sea “demostrable”, descartándose hipótesis alternativas de lo sucedido que sean refutables, pudiendo llegar a mesurarse numéricamente, por cada juez, la probabilidad que atribuye a cada hecho a la vista de las pruebas practicadas.

Este enfoque es utilísimo para la construcción de la motivación<sup>17</sup>. Se obliga al Juez a exponer sus inferencias con claridad, de manera que si no puede exponer esa inferencia, sino que tiene que recurrir a una hipótesis no demostrada para dar por probado un hecho, su conclusión será errónea y, por tanto, será desterrada del razonamiento probatorio. Ello constituye una victoria clara para los litigantes, que pueden seguir el esquema lógico del juez y criticarlo en los recursos, pero también es una victoria de la razón sobre la intuición, porque

---

<sup>16</sup>A modo de ejemplo, por todos, TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, trad. de Jordi Ferrer Beltrán de “la prova dei fatti giuridici, milano 1992, Madrid 2002. GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid-Barcelona 2004. FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Madrid 2007.

<sup>17</sup>Sobre la misma y todos los aspectos que se relacionan con ella, vid. ampliamente ALISTE SANTOS, Tomás Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, Madrid 2011.



mientras la primera puede explicitarse, la segunda solamente con grandes dificultades puede reflejarse por escrito.

Sin embargo, la solución epistemológica es deficitaria en dos puntos principales. Siguiendo el método silogístico para mayor claridad en esta explicación, cabría decir que el enfoque epistemológico no explica suficientemente cómo se escogen, de entre todo el acervo probatorio del proceso, las premisas menores, es decir, los hechos a demostrar, dependiendo ello de la “experiencia” del juez, lo que supone acercarse peligrosamente a la intuición. Y en segundo lugar, tampoco se argumenta con precisión cómo se construyen las “premisas mayores”, es decir, las llamadas “máximas de experiencia”, lo cual supone que con demasiada frecuencia dichas máximas, en su imprecisión, dependan de lo mismo. Nuevamente de la intuición.

Es por ello por lo que cabe intentar una aproximación psicológica a la mente judicial para resolver esos problemas. Y en dicha aproximación se descubre que el Juez, a la hora de escoger los hechos, obra inducido por el “modelo mental”<sup>18</sup> que se haya formado a la hora de elucubrar cómo ha sucedido una historia. Un “modelo mental” no es más que una hipótesis que le parece plausible al juez en virtud de su propia experiencia. En caso de que no halle otros modelos mentales razonables para explicar la ocurrencia de esos mismos hechos, considerará, sin duda, la hipótesis como probada. Y desde luego, la hipótesis será juzgada como menos probable cuantos más modelos mentales alternativos aparezcan. El peligro evidente de este modo de trabajar es que el juez se quede con el primer modelo mental que le venga a la mente, y no sea capaz de contemplar ninguno alternativo. O bien que un exceso de imaginación le lleve a concebir excesivos modelos mentales que parezcan plausibles pero que, en realidad, no lo sean.

Pero el problema es que el esquema de los modelos mentales nos conduce de nuevo a la “experiencia” del juez, sin explicarnos cómo se genera la misma. Pero eso justamente es lo que consiguieron explicar TVERSKY y KAHNEMAN con sus trabajos sobre los llamados

---

<sup>18</sup>En expresión de JOHNSON-LAIRD, P. N., *Mental Models and Probabilistic Thinking*, Cognition, 1994, 50, pp. 189 y ss.



“heurísticos”<sup>19</sup>, que aún sin tener una finalidad de Derecho probatorio, sino más bien económica, explican bastante bien cómo toman los seres humanos sus decisiones, también las que suponen formulación de hipótesis, como sucede en el razonamiento probatorio.

En este sentido, los dos autores citados llegaron a la conclusión de que el proceso humano de toma de decisiones es más bien sencillo, y se construye, en muchas ocasiones, con unos pocos principios generales basados en el recuerdo que más fácilmente pudiera evocar el ser humano en cada momento. Y así enseñaron que un individuo decide siguiendo la “representatividad” cuando ha observado que esa misma decisión que va a tomar ha sido exitosa para otras personas en contextos similares. O bien utiliza la “accesibilidad”, tomando una determinada decisión en coherencia con un recuerdo muy vivo de un acontecimiento similar que le haya sucedido, con independencia de si ese acontecimiento ha sido poco reiterado. Si está impresionado, tomará la decisión de manera coherente con ese recuerdo. Aunque existen más heurísticos, cabe detener la explicación en el llamado “anclaje y ajuste”, que es una forma de proceder según la cual el ser humano que se hace una idea de cómo sucedió algo, tras ello, por muchos datos que le vengan en sentido contradictorio, será incapaz de salir de esa representación que se hizo en un principio. De hecho, lo que hará será “anclar y ajustar” a su hipótesis inicial los nuevos datos que le vayan surgiendo, para intentar hacer esa hipótesis, falsamente, más plausible.

Como es obvio, todos esos heurísticos conducen a veces a decisiones erróneas, pero también es cierto que en muchas ocasiones, muy probablemente la mayoría, son correctas las decisiones que se toman siguiendo sus directrices. Basta revisar nuestras propias decisiones del día a día para comprobar que ello es sustancialmente cierto y que, además, esos atajos del pensamiento acostumbran a funcionar. Pero como ya se ha dicho, también inducen a errores.

Sin embargo, todo lo anterior tiene la enorme ventaja de que por fin se describe aquello que sea la “experiencia”, o incluso nuestra “intuición”. Y como se ve, se trata de algo bastante más simple de lo que jamás pudimos llegar a pensar. En todo caso, para el razonamiento

---

<sup>19</sup>Que pueden hallarse en KAHNEMAN, Daniel / SLOVIC, Paul / TVERSKY, Amos, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge 1982.



probatorio todo lo explicado tiene una importancia enorme, pues permite acercarse mucho más, y más fácilmente, al grado de corroboración de las hipótesis con el cálculo de los modelos mentales. Y además, se descubren por fin las razones que suelen mover a un juez a tener por probado un hecho en un sentido u otro. No es posible hacer predicciones absolutamente ajustadas de lo que acabará haciendo un juez, pero sin duda sí podemos acercarnos a cuáles hayan podido ser sus posibles defectos, lo que es de utilidad para recurrir sus juicios. Pero para el propio juez también es muy importante, porque solamente si es consciente de sus propios defectos y limitaciones antes de que tengan una incidencia, le es posible evitar los errores. Y después veremos cómo, aunque ya avanzo que la forma de prevenir esos errores es acudiendo a las ciencias que han estudiado cada hecho concreto objeto de prueba. Es decir, acudiendo a las conclusiones basadas en la realidad empírica, esto es, utilizando el método científico.

Los dos últimos enfoques que se han utilizado en esta materia han sido el matemático y el sociológico. En cuanto al primero, simplemente referir que no pocos juristas estadounidenses<sup>20</sup> creyeron encontrar en un teorema estadístico del siglo XVIII, el “teorema de Bayes”<sup>21</sup>, la piedra filosofal de la prueba de todos los juicios jurisdiccionales. Sin embargo, el teorema de Bayes ha demostrado, en realidad y muy reiteradamente, que acostumbra a no funcionar porque en casi cualquier juicio jurisdiccional desconocemos una de las variables fundamentales del teorema: la llamada *prior probability*, o probabilidad abstracta de que haya sucedido un determinado hecho, justo el que se está enjuiciando. Aunque quizás el principal error ha consistido en utilizar una fórmula estadística para medir un resultado aleatorio, sin darse cuenta de que el juicio jurisdiccional en absoluto es un acontecimiento aleatorio.

Por último, el enfoque sociológico<sup>22</sup> trata de estudiar, sobre todo, la influencia de la ideología del juez en la valoración de la prueba. Ha sido una orientación muy poco seguida en

---

<sup>20</sup>FINKELSTEIN, Michael O. /FAIRLEY, William B., *A Bayesian Approach to identification evidence*, Harvard Law Review, vol. 83, 1970, pp. 489 y ss. FINKELSTEIN, Michael O., *Basic concepts of probability and statistics in the Law*, New York 2009.

<sup>21</sup> 
$$P(H | I) = \frac{P(H)P(I|H)}{P(H)P(I|H)+P(noH)P(I|noH)}$$

<sup>22</sup>Entre otros, STAHLMANN, Günther, *Sozialwissenschaftliche Überlegungen zur zivilprozessualen Beweislehre*, JA 1978, pp. 270 y ss. DWORKIN, Ronald, *Can rights be controversial?* en: “Taking rights seriously”, London 1977, pp.



materia probatoria, pero que está en la mente de todos cuando enjuiciamos la conducta de un juez, o sobre todo de un jurado, en un asunto que pudo verse influido por la ideología. Esa influencia es fundamentalmente inaceptable, y hasta debería ser causa de recusación si el juez ha hecho pública su ideología sobre un determinado asunto, de manera que pueda influir en un caso concreto sometido a su juicio jurisdiccional. De hecho, la mayoría de jurados que son excluidos en el proceso de selección de los mismos, lo suelen ser por motivos puramente ideológicos.

En todo caso, como se ve, con todos los enfoques anteriores no se consigue resolver, en el fondo, la problemática central de la valoración de la prueba. Pero si se echa la vista atrás nada más que 100 años, se comprobará como se han dado pasos de gigante en las últimas décadas en esa materia, gracias fundamentalmente a todos esos estudios, especialmente a los epistemológicos, y muy probablemente en un futuro no lejano gracias a los psicológicos. Los jueces poseen actualmente pautas claras de motivación, con independencia de que, por desgracia, por diferentes factores a veces ajenos a ellos, no las sigan siempre. Y además conocemos cada vez mejor los entresijos de la “experiencia”, lo que nos permite darle por fin contenido a ese concepto tan oscuro, pero tan idealizado, de “máxima de experiencia”, avanzando en el camino de excluir completamente la intuición de los juicios jurisdiccionales, situando ya definitivamente a los mismos al margen de la filosofía, o de la psicología más básica, e incluyéndolos por completo en los parámetros del método científico, que es de lo que se trata.

#### **b. Aplicación de los saberes científicos precisos a la valoración de cada medio de prueba**

La correcta valoración de la prueba pasa precisamente por la utilización de ese método científico hasta las últimas consecuencias, acercándonos, para ello, a las ciencias que estudian cada medio de prueba. De lo contrario, la actividad probatoria vendrá guiada simplemente por

---

279 y ss. SOBRAL FERNÁNDEZ, Jorge, *An enquiry into judicial decisions*, en: “Redondo / Garrido / Pérez / Barberet, *Advances in Psychology and Law*, Berlin-New York 1997, pp. 227 y ss.



(pre-)juicios, como digo, intuitivos, olvidando que existen ciencias que ofrecen todo un acervo extraordinario de conocimientos para que el juez tome sus conclusiones de la manera más satisfactoria.

En este sentido, en todas las pruebas que suponen una declaración de personas (partes, testigos o peritos), es de inevitable consulta la psicología del testimonio<sup>23</sup>, que nos instruye acerca de los fallos de la memoria en los que incurre cualquier declarante en diferentes circunstancias. Pero además nos enseña que para valorar la credibilidad de una declaración, es muy útil acudir principalmente a cuatro puntos: la coherencia del relato, la contextualización de la declaración, la existencia de corroboraciones periféricas y la aparición de detalles oportunistas en la declaración. Desde luego, una declaración resulta mucho más creíble si es coherente internamente y si, además, el declarante es capaz de describir con precisión el contexto en el que sucedieron los hechos, de manera que podamos acreditar que verdaderamente estuvo allí. Si, además, otros medios de prueba corroboran lo que dice el declarante y, por último, dicho declarante no desliza comentarios que no añaden información alguna, sino que solamente intentan condicionar psicológicamente al oyente sobre la veracidad de la declaración, sin duda esa declaración, en la mayoría de las ocasiones, va a merecer credibilidad.

Pero téngase muy en cuenta que no se puede tomar lo anterior al pie de la letra, sino que hay que adaptar el análisis de esos cuatro puntos a cada declarante<sup>24</sup>. Por ejemplo, es muy frecuente que un perito haga comentarios oportunistas sobre la regularidad y brillantez de su trabajo, y no por ello resulta menos creíble. O es natural, por ejemplo, que la víctima de un delito tenga dificultades en su contextualización, porque estaba impresionada por los hechos delictivos que sucedieron en su propia persona. Sin embargo, ni siquiera lo anterior es siempre y sistemáticamente así, sino que hay que analizar cada caso concreto, con la asistencia de esas herramientas que van a poder ayudar al juez a convencerse de un hecho y, *a posteriori*, a motivar por qué cree que dicho hecho ha sucedido, siguiendo los criterios propuestos y

---

<sup>23</sup>Entre otros, MANZANERO, Antonio L., *Psicología del testimonio*, Madrid 2008. IBABE EROSTARBE, Izaskun, *Psicología del testimonio*, Donostia 2000.

<sup>24</sup>Realizo esa labor con detalle en NIEVA FENOLL, *La valoración de la prueba*, cit. pp. 236 y ss.



excluyendo por completo la intuición. Y descartando, por fin, que la “inmediación” sea una especie de experiencia que permita al juez, en primer lugar, no equivocarse en sus percepciones y, en segundo lugar, desestimando que a través de la misma desarrolle una especie de intuición infalible e inmotivable que no pueda ser revisada a través de los recursos<sup>25</sup>. Al contrario, si el juez explica, con claridad, qué le ha llevado a entender creíble a un declarante siguiendo, al menos, las pautas propuestas, quedará expuesta claramente la fundamentación, o bien la inconsistencia de sus conclusiones. Lo contrario sólo hará del juez una especie de oráculo insondable que aleje a la Justicia de la racionalidad, practicándose impunemente la arbitrariedad y convirtiendo los juicios en algo, desde luego, mucho más evolucionado y racional que las ordalías, pero con idéntica perplejidad ante los resultados a los que se llegue, sobre todo por la inaceptable inexplicabilidad de lo concluido.

Lo mismo sucede con la prueba pericial. Se llama a un perito al proceso porque el juez no puede poseer absolutamente todos los conocimientos científicos necesarios para juzgar un determinado caso concreto. Pues bien, es muy difícil que el juzgador pueda valorar si las conclusiones del perito son correctas. Pero antes de aceptarlas acríticamente, es decir, sin más, puede analizar algo que sí que está en perfectas condiciones de examinar: la cualificación profesional del perito, la calidad expositiva de su dictamen, así como los indicios objetivos de

---

<sup>25</sup>Al respecto es imprescindible la lectura de IGARTUA SALAVERRIA, Juan, *Prueba científica y decisión judicial (unas anotaciones propedéuticas)*, La Ley, 2-11-2007. Sin embargo, la jurisprudencia española actual, siguiendo la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, está en contra de este pensamiento, y a favor de una sobrevaloración de la intermediación. Vid. STC 120/2009, de 18 de mayo, FJ 3: “cuando el Tribunal de apelación ha de conocer tanto de cuestiones de hecho como de Derecho, y en especial cuando ha de estudiar en su conjunto la culpabilidad o inocencia del acusado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido que la apelación no se puede resolver en un proceso justo sin un examen directo y personal del acusado que niegue haber cometido la infracción considerada punible, de modo que en tales casos el nuevo examen por el Tribunal de apelación de la declaración de culpabilidad del acusado exige una nueva y total audiencia en presencia del acusado y los demás interesados o partes adversas (SSTEDH de 26 de mayo de 1988, caso Ekbatani c. Suecia, § 32; 29 de octubre de 1991, caso Helmers c. Suecia, §§ 36, 37 y 39; 29 de octubre de 1991, caso Jan-Åke Andersson c. Suecia, § 28; 29 de octubre de 1991, caso Fejde c. Suecia, § 32). En este sentido el Tribunal ha declarado también en su Sentencia de 27 de junio de 2000 -caso Constantinescu c. Rumania, §§ 54 y 55, 58 y 59. (...) Más recientemente, en las SSTEDH de 27 de noviembre de 2007, caso Popovici c. Moldavia (§ 71); 16 de diciembre de 2008, caso Bazo González c. España (§ 31); y 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España (§ 37), se reitera que la condena en apelación de quien fue inicialmente absuelto en una primera instancia en la que se practicaron pruebas personales, sin que hubiera sido oído personalmente por el Tribunal de apelación ante el que se debatieron cuestiones de hecho afectantes a la declaración de inocencia o culpabilidad del recurrente, no es conforme con las exigencias de un proceso equitativo tal como es garantizado por el art. 6.1 del Convenio.”



calidad de la labor realizada. En cuanto a lo primero simplemente hay que mirar la formación y trayectoria del perito, valorando su experiencia y preparación para realizar el dictamen de que se trate. Con respecto a lo segundo, el perito deberá haber hecho un considerable esfuerzo en darse cuenta de que su exposición está hecha para un jurista, es decir, para un no especialista en la materia, por lo que tiene que ser lo más simple y clara posible para que pueda ser utilizada en el juicio jurisdiccional. Y en cuanto a lo tercero, los indicios de calidad del dictamen, el perito tendrá que justificar que ha seguido en su examen los procedimientos aceptados por la comunidad científica en su conjunto, utilizando el instrumental apropiado y aportando estadísticas independientes del caso concreto que corroboren sus conclusiones, acreditando todo ello con publicaciones científicas que den fe de la corrección de su dictamen<sup>26</sup>. Y todo ello, en su conjunto, sí que es controlable por el juez, interrogando al perito, y teniendo al menos una mínima idea de las ciencias implicadas en los dictámenes más frecuentes, de la manera que se expondrá después.

En relación con la prueba documental existe el tópico de pensar que un jurista, familiarizado sobre todo con los discursos escritos, entenderá sin problema y sin ulterior ayuda cualquier documento que se le presente. Ello es falso. Los documentos están contextualizados en una determinada realidad que no tiene por qué ser conocida para el juez. Si ello ocurre, el documento, simplemente, será leído por el juez, pero no será entendido realmente. Y por otra parte, existen estilos de redacción, también según el contexto, pero no solamente, que descubren las intenciones del autor del documento, lo cual es esencial para su correcta interpretación.

Del estudio de todo ello se encarga la llamada “semiótica textual”<sup>27</sup>, que puede hacer entender a un juez anciano que, por ejemplo, en una conversación de chat entre dos jóvenes que se le reproduzca en juicio, los insultos no son normalmente injurias, y las abreviaturas o la incorrecta ortografía empleada tampoco son necesariamente expresivos de un bajo nivel

<sup>26</sup>TARUFFO, Michele, *Prova scientifica (Dritto processuale civile)*, Annali II, t. I p. 975. NIEVA FENOLL, Jordi / VIVES REGO, Josep / CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Eficacia y admisibilidad de la prueba pericial en el enjuiciamiento de delitos contra el medio ambiente*, en: “Jurisdicción y proceso”, Madrid 2009, p. 412.

<sup>27</sup>Vid. CASSANY, op. cit., LOZANO, Jorge / PEÑA-MARÍN, Cristina / ABRIL, Gonzalo, *Análisis del discurso*, Madrid 2007.



cultural de los interlocutores. O bien podría descubrirle a un juez joven que una cierta elegancia y recargo en las formas en la redacción de una persona anciana, no debe llevar en absoluto a entender que dicha persona sintiera afecto, o hasta respeto, por el destinatario de una carta, sino que simplemente esa manera de expresarse es constitutiva de una determinada formación escolar, propia de otras épocas, en la redacción de misivas. Todo ello ayuda sobremanera en la extracción de conclusiones de los más diversos escritos.

Por último, con respecto al reconocimiento judicial o inspección ocular, pese a que se había dicho con reiteración que dicha prueba no estaba sometida a los sistemas de valoración<sup>28</sup>, cabe plantear una hipótesis alternativa<sup>29</sup>. Este medio de prueba utiliza exactamente los mismos conocimientos que ya han sido descritos para el resto de medios de prueba, y lo único que tiene que hacer el juez es aplicarlos adaptándose en cada caso a aquello que sea lo observado. Es muy frecuente en este contexto hacerse asistir por una prueba pericial, pero sobre todo, de lo que tiene que cuidar el juez es de que sus sentidos no le engañen, es decir, que no crea ver lo que en realidad solamente está intuyendo, como le sucedería, por ejemplo, si tuviera que valorar la estabilidad de un edificio en ruinas. Problemente concluiría que debe ser inmediatamente demolido porque el inmueble está destrozado. Y sin embargo, la ayuda de un perito le haría ver que la estructura está perfectamente conservada y que, por tanto, el edificio puede ser regenerado, ahorrando los costes derivados de la demolición y la reconstrucción de la estructura que, pese a las apariencias, estaba en perfectas condiciones.

Todo lo anterior ha sido muy poco utilizado hasta el momento en los procesos. Aunque parezca mentira, se le ha dado la espalda a toda esa realidad. Se ha valorado y se valora, salvo excepciones, la credibilidad de un declarante a través de la simple intuición del juez, normalmente inmotivada. Se han dado por buenas sin más trámites las conclusiones de un perito, sin mucho más esfuerzo, dado que se ha pensado sistemáticamente que, en realidad,

---

<sup>28</sup>Por todos, SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Reconocimiento judicial*, en: "Estudios de Derecho probatorio", Lima 2009, p. 559. JIMÉNEZ CONDE, Fernando, *La apreciación de la prueba legal y su impugnación*, Salamanca 1978, p. 348.

<sup>29</sup>LÓPEZ YAGÜES, Verónica, *La prueba de reconocimiento judicial en el proceso civil*, Madrid 2005, p. 286.



era imposible entender por qué concluyó lo que concluyó ese perito, al desconocer su ciencia. Y por supuesto, también se han pasado por alto importantes aspectos de muchos documentos cuyas conclusiones hubieran sido otras muy distintas de las que, probablemente, se acabaron reflejando en la sentencia.

Esta situación debe cambiar. Y si cambia se acabarán las excusas para eludir la valoración de la prueba, tanto las excusas que históricamente han existido como la actual de la inmediación. El juez debe tomar consciencia de la ciencia que le rodea, comprobando que, en buena medida, le es más accesible de lo que en un principio le pudo llegar a parecer. Con esta nueva consciencia, evidentemente, no se evitarán algunos juicios erróneos, pero sí que será más sencillo identificarlos. Y sobre todo, será mucho más fácil descubrir que las conclusiones probatorias de un juez no estaban sustentadas, en realidad, en datos sólidos, lo que permitirá su impugnación a través de los recursos, que ahora, gracias a la peculiar interpretación de lo que implica la “inmediación”, ha devenido prácticamente imposible. Sin duda, ello necesariamente conducirá a una mejor Justicia.

### **3. Requisitos imprescindibles para una adecuada valoración probatoria**

Sin embargo, todo lo anterior no puede ser llevado a cabo sin una serie de premisas que cambien, al menos en parte, algunas de las características que actualmente solemos atribuir a un juez.

En primer lugar, es urgente e imprescindible mejorar la formación del juez en materia probatoria. El juzgador, antes de serlo, debe seguir un programa de aprendizaje en el que aprenda los hechos que más típicamente se va a encontrar en su labor cotidiana, para que sepa identificarlos rápidamente como indicios<sup>30</sup>, lo que evitará que adquiera este conocimiento a través de una siempre desigual “experiencia”, que es lo que ocurre hoy en día. Paralelamente

---

<sup>30</sup>Siguiendo un método similar al que utilizó MUÑOZ SABATÉ en sus obras, la última: *Summa de probática civil. Cómo probar los hechos en el proceso civil*, Madrid 2008.



debe ser formado en las técnicas de obtención de vestigios, sobre todo en el proceso penal, que se utilizan normalmente en los procesos, a fin de que los procedimientos de los distintos exámenes no le sean desconocidos. Entre esas técnicas es imprescindible que aprenda psicología del testimonio y semiótica textual, al menos a un nivel elemental. Por último, el juez debe ser instruido en los dictámenes periciales que se practican más frecuentemente en los procesos. No se trata de que conozca en detalle la ciencia implicada en los mismos, sino de que tenga unas nociones mínimas de vocabulario especializado y de cómo funcionan los aspectos principales de cada dictamen.

Al mismo tiempo, es necesario enseñar al juez a motivar sus sentencias, siguiendo sobre todo las directrices de la epistemología, aunque también de la ciencia de la argumentación jurídica<sup>31</sup>. Sólo de ese modo será capaz de realizar correctamente la exposición de resultados obtenidos de forma deductiva –no inductiva– durante la práctica de la prueba. No se trata solamente de que exponga ordenadamente su juicio, sino de que describa sus inferencias relacionándolas con cada medio de prueba, de manera que se conozcan con precisión los antecedentes de su juicio.

Pero además, el juez debe utilizar aprender también a recopilar la prueba, perdiendo el miedo a implicarse en esta actividad que, al fin y al cabo, está dirigida a él. Pero enseñándole a actuar con la más absoluta imparcialidad, es decir, trabajando para la averiguación de todos los hechos, y no solamente de algunos que inductivamente pudieran interesarle, habiendo sido víctima probablemente de algún “modelo mental” o, peor aún, de alguna intuición errónea que luego le introduzca en los peligros del “anclaje y ajuste” que antes fueron analizados.

No parece adecuado pensar que si el juez se implica en esta actividad de recogida de vestigios, perderá su imparcialidad. Desde luego, no debe implicarse hasta el punto de anular la actividad de las partes o convertirse en un inquisidor. Simplemente tiene que llevar a cabo exactamente la misma actividad que ejecuta en fase de admisión de medios de prueba. En ese

---

<sup>31</sup>Entre otros, MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford 1978. ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Madrid 1989. ATIENZA, Manuel, *El Derecho como argumentación*, Barcelona 2006.



momento de la admisión, precisamente, también puede discriminar vestigios que pueden ser útiles para el proceso, y sin embargo no se ponen demasiados inconvenientes a que ello sea así.

Lo que propongo es que, siguiendo esa misma orientación, la labor del juez no solamente consista en restar elementos de juicio inadmitiendo medios de prueba, sino que también contribuya a sumar evidencias en el proceso que conduzcan a la averiguación de la realidad de los hechos, y no solamente al sustento de la versión que desea cada parte. Insisto en que ello no va a conducir al juez a llevar a cabo una actividad inquisitiva, sino simplemente a no adoptar la actitud casi exclusivamente pasiva que le guía en muchos lugares en el momento actual. El proceso es un mecanismo de resolución de controversias que intenta otorgar la paz a los litigantes a través del descubrimiento, lo más preciso posible, de la realidad de los hechos y de la determinación correcta del derecho aplicable al caso concreto. Desde luego, en absoluto es una herramienta para un litigante obtenga una victoria sustentada en la picardía o en la pura retórica de sus declaraciones, y hasta de sus acciones. El Juez no puede permanecer pasivo y silente ante la lucha de los litigantes, sino que tiene que dialogar con los mismos, averiguando, a través de esa implicación, las posibles sombras en los hechos, que deberán ser objeto de prueba. De ahí, sobre todo, la importancia de la “inmediación”, como veremos seguidamente.

Pero para conseguir que un juez se comporte de esta forma sin extralimitarse<sup>32</sup>, debe ser formado para que, en primer lugar, en la valoración de la prueba siga esquemas deductivos y no inductivos, y para que, como dije, no pierda su imparcialidad. En cuanto a lo primero, el juez no tiene que centrarse en confirmar una hipótesis preconcebida, como si fuera un mal policía, sino en extraer de los medios de prueba todos los datos que tengan que ver con un caso concreto, reconstruyendo, tras esa fase, el rompecabezas probatorio hasta obtener un resultado. Imaginar *a priori* el resultado no es más que intentar hacer las cosas más fáciles falseando la realidad, lo que al final se traduce en el riesgo de una resolución injusta.

---

<sup>32</sup>Que es el principal temor de parte de la doctrina. Vid. CIPRIANI, Franco, *Il processo civile tra vecchie ideologie e nuovi slogan*, Rivista di Diritto processuale civile, 2003, pp. 455 y ss. VERDE, Giovanni, *Las ideologías del proceso en un reciente ensayo*, en: AAVV (coord. Montero), “Proceso civil e ideología”, pp. 67 y ss. MONTELEONE, Girolamo, *Intorno al concetto di verità “materiale” o “oggettiva” nel processo civile*, Rivista di Diritto processuale civile, 2009, pp. 1 y ss.



En cuanto a lo segundo, el mantenimiento de su imparcialidad, la misma no tiene que sustentarse solamente en las consabidas, y muy conocidas, causas de abstención y recusación, que le llevan, en general, a excluirse o ser excluido por el afecto o el odio que sienta hacia las partes o hacia el objeto del proceso. Además, tiene que ser consciente de los posibles fallos más comunes del pensamiento humano, en el sentido antes expresado, a fin de que conozca las tendencias al error más frecuentes, pudiendo evitarlas. En este sentido, no bastará con que conozca los heurísticos antes citados, sino también los llamados “sesgos”, que son los errores normalmente consecuencia de esos heurísticos. Algunos tan comunes como el *sesgo de confirmación*, que es el error más frecuente fruto del “anclaje y ajuste” antes visto, y que consiste en creer confirmada una hipótesis pese a la concurrencia de datos que la descartan. O bien el *sesgo egocéntrico*, que lleva al ser humano a creer que todos piensan como él en un determinado tema. Y otros sesgos que ahora sería farrogoso enumerar y explicar aquí<sup>33</sup>, pero que deben ser aprendidos por los jueces para evitar su incidencia, que sin duda rompe la imparcialidad de su juicio.

Con todo ello, nuevamente, es necesario advertir de que no se va a conseguir un juez perfecto, pero sí un juzgador más consciente de los peligros y dificultades de su actuación en el proceso, y también mejor formado en cuanto a la *materia iudicandi*. Hasta ahora la formación de un juez ha sido, en general, casi exclusivamente jurídica. Hora es ya de darse cuenta de que un juez juzga la realidad, y que por tanto debe conocer esa realidad y la ciencia que la disciplina, al menos en la medida en que pueda serle abarcable, aunque sin pretender jamás llegar a la imposible omniscencia.

---

<sup>33</sup>Nuevamente, KAHNEMAN / SLOVIC / TVERSKY, *Judgment under Uncertainty*, op. cit..



#### 4. Crítica al pretexto de la “inmediación”

Tras todo lo anterior se descubre la complejidad de aquello que encubren las rúbricas “valoración libre”<sup>34</sup>, “íntima convicción”<sup>35</sup>, “según su conciencia”<sup>36</sup>, “más allá de toda duda razonable”<sup>37</sup>, “mínima actividad probatoria”<sup>38</sup>, “sana crítica”<sup>39</sup> y otros rótulos sumamente indefinidos que no aciertan a identificar con precisión el detalle de la actividad valorativa.

Sin embargo, la explicación anterior revela algo mucho más útil: que la actividad valorativa se puede subsumir en esquemas auténticamente racionales, huyendo de la intuición. Y que justamente por ello esos esquemas racionales son revisables, lo que equivale a decir que son rebatibles y, por tanto, impugnables a través de un recurso. Nada hay en ellos que impida a un juez diferente al que realizó la valoración en primera instancia, revisar la lógica del razonamiento judicial empleado en esa primera instancia. Ni tampoco debe haber nada en ese razonamiento que no pueda ser explicado en la motivación, por lo que ninguna parte de dicho razonamiento puede escapar al control de una ulterior instancia. De hecho, si el juez de primera instancia tuviera que expresar una conclusión probatoria que no fuera explicable, es decir, motivable, dicha conclusión debe ser expulsada de la sentencia, simplemente porque no es racional.

En especial, con respecto a las pruebas de declaración de personas, que son las que suscitan más problemas<sup>40</sup>, no se puede decir que la valoración de las mismas dependa

---

<sup>34</sup>§ 286 ZPO alemana.

<sup>35</sup>Ley francesa de 16-21 de septiembre de 1791.

<sup>36</sup>Art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

<sup>37</sup>Vid. Vid. WHITMAN, James Q., *The origins of reasonable doubt*, New Haven y London 2005.

<sup>38</sup>Sentencia del Tribunal Constitucional 31/1981, FJ 3º.

<sup>39</sup>La referencia más antigua a este concepto que he podido localizar en España se halla en el Reglamento sobre el modo de proceder el Consejo Real en los negocios contenciosos de la Administración de 30-12-1846 (Gaceta de Madrid 21-01-1847, nº 4512, p. 1).

<sup>40</sup>La más moderna resolución del TEDH sobre la materia va justamente en esta errónea dirección. Vid. STEDH 22-11-2011, as. Lacadena Calero c. España: “46. *En somme, la Cour est d’avis que le Tribunal suprême, pour arriver à une nouvelle qualification juridique du comportement de l’accusé, s’est prononcé sur des circonstances subjectives de ce dernier, à savoir qu’il était conscient de l’illégalité des documents qu’il autorisa et qu’il avait une volonté frauduleuse (dol éventuel) vis-à-vis des personnes concernées. Or le Tribunal suprême a conclu sur l’existence de cette volonté, élément décisif pour la culpabilité de l’accusé, sans une appréciation directe de son témoignage et en*



exclusivamente de la intermediación del juez de primera instancia, simplemente porque no es cierto. El juez debe estar presente porque de esa forma podrá preguntar a partes y testigos sobre los puntos que le resulten dudosos, pero ahí acabará la eficacia y utilidad de la intermediación. Y es que la intermediación, ciertamente, permite al juez observar al declarante y ver sus reacciones, sobre todo las gestuales. Ahora bien, resulta simplemente absurdo sostener que de ahí surge una especie de misteriosa intuición, por supuesto inmotivable y no sometida a crítica, en virtud de la cual el juez sabe perfectamente si el declarante miente o dice la verdad. Ello es simplemente falso. Es sencillamente absurdo afirmar que porque un testigo sea vehemente, o parezca muy seguro de lo que dice, esté diciendo la verdad, o que esté mintiendo porque titubea, se pone la mano en la cara, suda, se encoje de hombros, desvía la mirada o arquea las cejas.

Todo ello son intuiciones inveteradas, que todos poseemos y que se han ido construyendo a lo largo de los siglos, y que por eso nos parece que se puede confiar en ellas, como lo hacemos –también indebidamente– en la vida cotidiana. Sin embargo, hace ya tiempo que la ciencia ha demostrado su falta de ajuste a la realidad<sup>41</sup>, porque no puede afirmarse en absoluto que la mentira genere en las personas reacciones físicas. En consecuencia, lo único que puede y debe analizarse no son esas reacciones físicas del declarante, sino la propia

---

*contradiction avec les conclusions du tribunal d'instance, lequel avait eu l'opportunité d'entendre l'accusé et d'autres témoins. 47. Aux yeux de la Cour, le Tribunal suprême s'est écarté du jugement d'instance après s'être prononcé sur des éléments de fait et de droit qui lui ont permis de déterminer la culpabilité de l'accusé. A cet égard, force est de constater que, lorsque l'inférence d'un tribunal a trait à des éléments subjectifs (tel qu'en l'espèce l'existence de dol éventuel), il n'est pas possible de procéder à l'appréciation juridique du comportement de l'accusé sans avoir au préalable essayé de prouver la réalité de ce comportement, ce qui implique nécessairement la vérification de l'intention de l'accusé par rapport aux faits qui lui sont imputés. 48. Certes, le Tribunal suprême parvint à son appréciation sur l'intention de l'accusé sur la base d'une inférence à partir des faits prouvés par l'instance inférieure (dont les documents du dossier). Cependant, afin de parvenir à cette inférence le Tribunal suprême n'a pas entendu l'accusé, qui n'a pas eu l'opportunité (inexistante dans la procédure en cassation) de faire valoir devant le Tribunal les raisons pour lesquelles il niait tant être conscient de l'illégalité de son comportement que d'avoir une volonté frauduleuse. 49. A la lumière de ce qui précède, la Cour considère que les questions devant être examinées par le Tribunal Suprême nécessitaient l'appréciation directe du témoignage de l'accusé, ou encore des autres témoins (voir Botten c. Norvège, 19 février 1996, § 52, Recueil 1996-I ; Ekbatani c. Suède précité et les affaires espagnoles susmentionnées au § 36)."*

<sup>41</sup>Vid. por todos MANZANERO, Antonio L., *Psicología del testimonio*, Madrid 2008, pp. 189 y ss. Vid. no obstante MASIP, Jaume / GERNÁN, Alonso / HERRERO, Carmen, *Verdades, mentiras y su detección a partir del comportamiento no-verbal*, en: "AAVV (coord. Garrido / Masip / Herrero), *Psicología jurídica*", Madrid 2008, pp. 475 y ss.



declaración prestada por el sujeto, que constará en el proceso por escrito o incluso filmada, junto con las preguntas que se le hayan formulado. Esa declaración es la que debe ser examinada en el marco de un recurso, en caso de ser impugnada su valoración. Y dicha valoración no depende de variables intuitivas sino, como ya se vió, de criterios bastante precisos, que son objetivables y que, por consiguiente, es necesario tener en cuenta.

En consecuencia, la psicología del testimonio es un saber que cualquier juez debería poseer si se desea que practique las pruebas de declaraciones de personas debidamente, sin recurrir solamente a su mera intuición –que es lo que acostumbra a suceder–, y mucho menos escudándose en ese irracional pretexto moderno que es la “inmediación” del juez de primera instancia, y que sólo encubre una valoración realizada al margen por completo del método científico, es decir, siguiendo la pura intuición o la tradición. Y ello, aunque duela decirlo y cueste mucho más reconocerlo, convierte la resolución judicial en manifiestamente arbitraria, lo que es especialmente evidente si ni siquiera existe motivación sobre la valoración de la prueba, como sucede en demasiadas ocasiones. En el fondo, aunque pueda ser difícil asumirlo, no es nada diferente a lo que ocurría a principios del siglo XIX con la absurda y fetichista aplicación práctica de las normas de prueba legal, que vimos al principio, y que propiciaron en aquel momento durísimas quejas de BENTHAM<sup>42</sup> que acabaron cambiando, muy lentamente, los sistemas probatorios de medio mundo. En el fondo, lo que buscaban los jueces con aquella aplicación absurda de las normas de prueba legal era exactamente lo mismo que persiguen ahora con la “inmediación”: eludir la motivación. Y entonces, aunque cueste creerlo, igual que ahora, existían numerosos defensores de esa conducta judicial<sup>43</sup>, que actualmente están completamente desautorizados. Del mismo modo que en el futuro quedarán también desautorizados los que defienden que con respecto a las pruebas que supuestamente dependan de la “inmediación” del juez de instancia, ningún juicio de valoración probatoria es impugnable. Ojalá existiera ese juicio, pero es que en ocasiones no existe más que el vacío, y lo que debe sancionarse en esos casos es la ausencia de motivación.

---

<sup>42</sup>Ya reproducidas también al principio, aunque merece muchísimo la pena la lectura detenida de las primeras páginas de su obra.

<sup>43</sup>Vid. por todos ORTIZ DE ZÚÑIGA, Manuel, *Práctica general forense*, Madrid 1856, T. II, pp. 271 y ss.



Bien al contrario, toda valoración probatoria es impugnabile. No es ninguna actividad soberana del juez de primera instancia ni nada que se le parezca. Las declaraciones de personas que sean tenidas por creibles sin ser coherentes, por ejemplo, pueden ser revisadas en el marco de un recurso. Del mismo modo que si sucede que, siendo coherentes o contextualizadas, se ha prescindido de ellas sin motivo ni razón. O bien si existen otras pruebas que descartan lo dicho por el declarante, y el juez no explica suficientemente por qué decide atribuir más que credibilidad al declarante que a esas otras pruebas. Todo ello, y mucho más, es claramente debatible negro sobre blanco, y así debe ser llevado a cabo en el marco de un recurso, especialmente y particularmente en el recurso de apelación.

Con el resto de pruebas sucede exactamente lo mismo. También se podrá discutir la valoración de un documento o de un dictamen pericial, siguiendo los criterios, también objetivables, vistos en el epígrafe 2.b. No puede consentirse por más tiempo que la valoración de la prueba siga siendo la actividad que los jueces dejan de lado en su motivación, acudiendo a la “valoración conjunta”, a la “inmediación”, a la “íntima convicción”, o a cualquier otra expresión elegante que no sea más que un telón falaz para cubrir la ausencia de valoración de la prueba.