

Una interpretación funcional de la «libre valoración» de las pruebas penales*

Juan IGARTUA SALAVERRIA

INTRODUCCION

Tratándose de uno de los rudimentos de la cultura procesal, presumo que todo el mundo está al corriente del doble sistema de valoración de las pruebas que nos son más cercanos: el *legal* y el *libre* (este último llamado también de la «íntima convicción», «apreciación en conciencia» o con otros apelativos de pelaje similar)¹. Por eso, para ahorrarme el bochorno que supondría darles vueltas a unos cuantos lugares comunes, no sucumbiré a la tentación de demorarme en los archisabido.

Igualmente está de sobra insistir en que el sistema de la libre valoración ostenta una posición prevalente en el derecho procesal contemporáneo, si bien adquiere alguna modulación diferente según se incardine en el proceso penal o en el civil. En efecto, no es infrecuente —al menos en otros pagos— conceder que en la valoración de las pruebas penales se requiere que la acusación demuestre la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable, en tanto que la suficiencia de las pruebas para ganar un pleito civil es con frecuencia relativa al grado de evidencia aportado por la parte perdedora². Esto es lo que hace a la dimensión *cognoscitiva* de las pruebas. A ello habría que sumar otras especificidades del proceso penal, tanto de índole *institucional* (jurados) como *ideológicos* (garantismo).

Así pues, *ad cautelam*, es decir, para preservar una mínima pulcritud en la exposición, me parece prudente contemplar el principio de la «libre valoración» desde la exclusiva claraboya del proceso penal.

Para averiguar, en lo que respecta al proceso penal español, qué principio de valoración de las pruebas —el «legal» o el «libre»— ha preferido la legislación, no hay otro remedio que remitirse al artículo 741 de la LECr. cuyo párrafo primero dice literalmente así: «El Tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los propios procesados, dictará sentencia dentro del término fijado por esta Ley».

Y los renglones iniciales del artículo 973 de la citada Ley vienen a reiterar lo mismo: «El Juez, en el acto de finalizar el juicio, y a no ser posible, dentro de los tres días siguientes, dictará sentencia apreciando según conciencia las pruebas practicadas, las razones expuestas por el Fiscal y por las demás partes o sus defensores y lo manifestado por los propios acusados...»

Que yo sepa andie discute que semejantes preceptos son la versión —*more hispánico*— de la teoría genéricamente denominada de la «libre valoración».

Pero, ¿qué significa exactamente la expresión «apreciando según conciencia»? Al respecto, no estará de más evocar que las normas jurídicas están encuadradas en un contexto triple: *lingüístico, sistémico y funcional*³. A ver:

- ¿Quién negará que la norma sea una entidad *lingüística*? Más. Una mirada atenta revela que el lenguaje legislativo es una subclase del lenguaje ordinario; respecto de éste carece de peculiaridades sintácticas, si bien ostenta algunos caracteres semánticos diferenciales y otros de orden pragmático. Pero, en razón de lo que ambos lenguajes (el del legislador y el cotidiano) tienen en común, la prosa legislativa es pasible al menos de las mismas indeterminaciones que padece el lenguaje de la calle.
- Las normas, además, suelen encuadrarse en conjuntos más amplios. El conjunto al que pertenece una norma jurídica es, en última instancia, el mismísimo *sistema* jurídico. De ahí se sigue que a una norma jurídica no ha de atribírsele un significado que la haga contradictoria o incoherente con otra u otras normas del sistema, sino, justo al contrario, debe dotársele de un sentido que sea consistente y coherente con el de otra u otras normas.
- La pertinencia del contexto *funcional* viene de las relaciones de interdependencia que el sistema jurídico mantiene con la sociedad. El derecho se crea, se aplica y funciona en un entramado de hechos socio-psíquicos, de relaciones sociales, de condicionamientos econó-

* Fragmento de una Ayuda a la Investigación financiada por la Universidad del País Vasco.

¹ No se me escapa que, en puridad, la equiparación terminológica entre «libre valoración de la prueba» y «libre convencimiento del juez» no es correcta. La «valoración» indicaría una *actividad*, un modo de proceder, que precede a la formación del «convencimiento», entendido éste como *resultado* de aquélla (Cfr. Patti, S., «Libero convincimento e valutazione delle prove», *Rivista*

di diritto processuale, 1985, 3; págs. 485-486). Pero a los efectos presentes podemos pasar por alto esta diferencia.

² Cfr. Cohen, L. J.: «El concepto de probabilidad en pruebas judiciales», *Teorema*, 1977, vol. VII/3-4; pág. 278 y bibliografía citada.

³ Cfr. Wroblewski, J.: «An outline of a general theory of legal interpretation and constitutional interpretation», en J. Igartua (coord.), *La interpretación de la Constitución*, Bilbao, 1985; págs. 49-58.

micos, políticos, culturales, etc. Por ello, cuando se interpreta una norma sí tiene relevancia preguntar quién emanó la norma, cuándo, dónde, cómo, para qué, etc., y cuáles son las circunstancias socio-históricas —el *hic et nunc*— en las que adviene su aplicación.

1. EL SENTIDO LINGÜÍSTICO Y SU RELEVO POR LA INTERPRETACION SISTEMICA

Durante un tiempo considerable el TS canonizó una lectura *literal* del artículo 741 de la LECr. que magnificaba la libertad incontrolada del juez hasta extremos inauditos. Baste la rápida ilustración de una muestra jurisprudencial y no precisamente de los tiempos de maricastaña sino del comienzo de los ochenta. Hela aquí: «... el artículo 741 LECr. le atribuye (al Tribunal) una omnímoda y soberana facultad valorativa de las pruebas practicadas, en las que no se admite jerarquía ni preeminencia de unos medios probatorios sobre otros, y mediante la cual, el dicho Tribunal puede formar libremente su convicción respecto a los problemas fácticos que defiera el proceso de que se trate, *sin superditarla a criterio racional de sana crítica, lógico, o a cualquier otro que no sea el de su recta e imparcial conciencia*, único freno o cortapisa que a esa soberana potestad apreciativa de la prueba establece el legislador en el sistema acusatorio que preside la fase plenaria del proceso penal español» (STS de 22 de diciembre de 1980; cursiva mía).

Pero esta «exasperante formulación jurisprudencial del principio de convicción en conciencia»⁴ no podía menos que alentar algún movimiento de resistencia.

Et faute de mieux, se postuló una comprensión distinta del dichoso 741 mediante su interpretación *sistémica*, es decir, merced a su vecindad —topográfica y temática— con el artículo 717 de la misma Ley; o también por la incidencia de la Constitución —ex artículo 24.2— sobre la normativa preconstitucional vigente.

De esto segundo (de la *vis interpretativa* del 24.2 CE) nada diré, por un par de razones. Primera, y accidental, porque las argumentaciones que la jurisprudencia ha desplegado en esa onda son la mar de borrosas⁵. Segunda, e importante, porque a lo peor con ello se sufraga la errónea impresión de que sólo gracias a la Constitución cabe poner coto al desmadre estimativo del juez. Y no.

Por tanto, a fin de que las cosas queden puestas en su punto, aquí no habrá alusión —ni sustancial ni incidental— a nada que traspase las fronteras del 717, que dice: «Las declaraciones de las Autoridades y funcionarios de la Policía judicial tendrán valor de declaraciones testificales, apreciables como éstas según las reglas del criterio racional».

Pues bien, ante la propuesta de matrimoniar los

artículos 741 y 717 respectivamente, no hace falta cerebro muy activo para vislumbrar tres hipótesis posibles:

- b) el 717 debe leerse a la luz del 741;
- b) al revés, la significación del 741 debe acomodarse a lo que establece el 717;
- c) ni una cosa ni la otra, porque los dos artículos poseen sentido independiente en tanto que versan sobre materias ajenas entre sí.

Algo diré de cada una de estas tres respuestas.

- a) La primera cuenta con el aval de alguna jurisprudencia del Supremo. Así, en la STS de 26 de mayo de 1983 se lee: «... en lo que respecta al tema de la valoración de la prueba en el proceso penal, los artículos 717, 741 y 973 de la LECr., se refieren a una apreciación de la misma, "en conciencia" —artículos 741 y 973— o "con criterio racional", artículo 717 *infririéndose de su texto que, los Tribunales de lo criminal, pueden valorar la prueba practicada sin sujeción a tasa, pauta o regla de ninguna clase...*» (cursiva mía).

Obsérvese aquí que la voracidad de la valoración «en conciencia» —de la que habla el 741— engulle al «criterio racional» —aludido en el 717— como si éste viniera simplemente a corroborar lo estipulado por aquél.

Esto no se tiene en pie, porque siendo la razón una facultad común e interpersonal a los humanos, resulta contradictorio asimilar las reglas del «criterio racional» a una actividad valorativa —en palabras del Supremo— «sin sujeción a tasa, pauta o regla de ninguna clase» y fundada en la personalísima rectitud de intención y en una supuesta y particular ausencia de prejuicios. En síntesis: las reglas del «criterio racional» son reglas del raciocinio, las cuales no se aplican en pura «conciencia»; antes bien debe ésta formarse racionalmente⁶.

- b) Por tanto, si relación hay entre los artículos precitados —717 y 741— debería invertirse la dirección de la misma, de modo que el «criterio racional» sirva para combatir el «concepto subjetivo del principio de la libre apreciación y una total irreversibilidad del Tribunal a quo respecto de los hechos probados» que defendía el TS⁷. O sea, si se quiere conectar ambos artículos, el vector parte del 717.

Pero, ¿son de verdad dos artículos que se refieren prácticamente a lo mismo o bien disciplinan actividades netamente distintas? Al respecto, las opiniones no coinciden. Se reconoce pacíficamente, eso sí, que el artículo 717 apunta expresamente a la valoración de las pruebas testificales, pero se discute si cabe una aplicación extensiva de lo que allí se dice a las demás operaciones probatorias. En suma —como se ha escrito cargando un poco las tintas⁸— queda por saber si la LECr., que remite al «criterio racional» para valorar las declaraciones de los funcionarios, acepta en cambio una

⁴ Vázquez Sotelo, J. M.: *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal*, Barcelona, 1984, pág. 444.

⁵ Remito al lector anticipadamente a un trabajo mío («Desventuras de la íntima convicción») cuyos datos de publicación desconozco ahora mismo.

⁶ Fairen Guillén, V.: «Reglas de la sana crítica y casación», *Revista de Derecho Procesal*, 1991, 1, pág. 14.

⁷ Jaén Vallejo, M.: «El criterio racional en la apreciación de la prueba penal», *Revista de Derecho Procesal*, 1989, 1, pág. 69.

⁸ Vázquez Sotelo, J. M.: *Presunción de inocencia...*, págs. 483-484.

«valoración irracional» en el resto de la actividad probatoria.

c) Naturalmente, nadie reivindica a cara descubierta la «valoración irracional», pero eso no obsta a que cierto sector doctrinal estime pertinente independizar los dos artículos ya que apuntan a objetivos distintos. Veamos. Creer que Sempronio dice la verdad cuando afirma que vio a Ticio salir de casa de Cayo con la ropa ensangrentada es una cosa; inferir de ese testimonio que Ticio mató a Cayo, es otra distinta. Para valorar la veracidad del testimonio de Sempronio, el juez debería valerse del artículo 717. Para atribuir o no a Ticio la autoría de la muerte de Cayo, el juez debería guiarse por el artículo 741. ¿Por qué? Porque la primera operación —se dice— consiste en *percepciones* mientras que la segunda requiere *deducciones*⁹.

Indicaré, sólo en *marge et en marche*, que apreciar como verdadera la declaración de Sempronio no es un asunto de percepción sino que, parejamente a lo que atañe a la autoría del homicidio, también implica inferencias (p. ej., se infiere que Sempronio dice la verdad porque ni le va ni le viene nada en el juicio, porque goza de una excelente reputación, porque no se ha puesto colorado y no ha titubeado en el interrogatorio, etc.)¹⁰.

Pero dejemos en suspenso la cuestión de si efectivamente ambas operaciones comprometen procesos cognoscitivos diferentes o no. Ahora sólo interesa dejar constancia de una postura en orden a negar la recíproca permeabilidad de los artículos 717 y 741 respectivamente y la consiguiente existencia —en opinión muy autorizada¹¹— de *dos sistemas de apreciación de la prueba* dentro de la LECr., a saber: el de la apreciación «según conciencia» (artículo 741) y el del «criterio racional» (artículo 717) limitado a la prueba testifical.

Concluye aquí esta breve revista a las tres maneras de concebir el hipotético parentesco entre ambas disposiciones (717 y 741). ¿Por cuál de ellas inclinarnos?

Sólo diré que la última parece contar con una baza suplementaria. En efecto, entre los mentores de la tercera solución se subraya que ésta cuenta con el refrendo de la jurisprudencia más reciente del TS, el cual habría admitido este doble sistema de apreciación de la prueba en sentencias de 19 y 21 de enero de 1988¹². ¿Es eso exactamente así? Comprobémoslo.

En la sentencia de 19 de enero se narra que un testigo reconoció en Audiencia a dos procesados como los sujetos que cierto día lanzaron maletas por encima de una tapia. A este respecto, el TS dice (subrayo yo): «En consecuencia se debe tener por acreditada la existencia de actividad probatoria... pues el Tribunal contó con *prueba testifical que pudo apreciar en conciencia*. /.../... se debe verificar por la

Sala, si de esta prueba “se puede deducir la culpabilidad” de los procesados. En el caso concreto de la prueba de testigos *esta deducción* se debe tener por acreditada cuando el Tribunal de instancia haya apreciado las declaraciones de aquéllos según lo establecido en el artículo 717 de la LECr., es decir “según las reglas del criterio racional”. La Ley hace referencia mediante estas expresiones a las reglas de la lógica, y dentro de ellas, especialmente al principio de no contradicción, así como a los principios generales de la experiencia. La observancia de las reglas de la lógica y de los principios generales de la experiencia en el marco del criterio racional es, en principio, controlable en casación, pues dicho control se limita al razonamiento explícito o implícito de la sentencia y no depende, en consecuencia, de la percepción visual o auditiva directa de la prueba testifical que es... sólo posible al Tribunal de instancia en virtud de la inmediatez y la oralidad.»

En la sentencia de 21 de enero, al examinar una decisión condenatoria contra un sujeto como autor de un delito de robo, el Supremo discute la *deducción* (sic) que efectuó la Audiencia correspondiente *a partir de la prueba practicada*. Estos son los términos textuales (cursiva mía): «Dicha prueba, de naturaleza testifical, permite afirmar que Carlos C. B. tuvo en su poder los objetos provenientes de la sustracción de que fue víctima Miguel Angel C. Pero, *no permite deducir en la forma exigida por el artículo 717 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, es decir, según criterio racional, *que el recurrente haya llegado a apoderarse de las cosas ejerciendo fuerza en las cosas*. Como ya se ha sostenido en otras sentencias, en la apreciación de la veracidad de los testigos el Tribunal de instancia sólo está vinculado a su propia convicción en los términos del artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.»

Bien. Obsérvese que las dos sentencias invocadas no nos conducen a la conclusión que se nos había prometido sino a otra sorpresiva y bien distinta. Porque, aunque se siga manejando un doble sistema de valoración, el TS, mediante una desconcertante pirueta, ha invertido la ubicación y la materia del mismo.

Más explícitamente. Antes —al examinar la postura c)— habíamos quedado en que el *artículo 717* se refiere a las *pruebas testificales* cuya valoración ha de ajustarse a las *reglas del criterio racional* y por consiguiente —añado ahora¹³— tal valoración es susceptible de *control*. Por contra, las *deducciones* entrarían en el ámbito del *artículo 741*, su apreciación se efectuaría *en conciencia* y, por ello, parece que estaría *libre de control*.

El Supremo, en cambio, trastoca la materia de los dos artículos y atribuye a la *prueba testifical* la disciplina que se reservaba para las *deducciones* y a éstas las de aquélla. Con ello, tenemos que la *prueba testifical* es objeto de apreciación *en conciencia* y no está sometida a *control*, mientras que las *de-*

⁹ Onecha Santamaría, C.: «Los medios de prueba y la convicción judicial», *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1980, 1; pág. 264.

¹⁰ Cfr. con más detalle Sanguinelli, L. (jr.). *La valutazione della prova penale*, Milán, 1979; págs. 3-16.

¹¹ Fairén Guillén, V.: *El razonamiento de los tribunales de apelación*, Madrid, 1990; pág. 67.

¹² Jaén Vallejo, J.: «El criterio racional.», págs. 72-79; Fairén Guillén, V.: *El razonamiento*, pág. 67.

¹³ En este mismo sentido, Fairén Guillén, V.: «Reglas de la sana crítica...», pág. 30.

ducciones deben efectuarse conforme a un criterio racional y por ello son controlables.

En lugar de aclarar algo, el Supremo ha contribuido a multiplicar el embrollo. Y al día de hoy, la situación no tiene trazas de haber cambiado¹⁴.

2. APOSTANDO POR UNA INTERPRETACION FUNCIONAL

Si el artículo 717 de la LECr. parecía al principio prenda de promesa para contener los excesos derivantes de una presuntamente obligada comprensión *pedem literae* de la «valoración en conciencia», al final —lo hemos visto— sólo ha servido para alumbrar soluciones dispares y no compartidas.

Creo que se ha braceado mucho para sostener malamente a flote algo que puede conseguirse más cómoda y convincentemente por otros medios. Es decir, conviene enfatizar la valencia del contexto funcional en la interpretación de las normas que regulan las pruebas penales ya que, sobre este particular circula la idea de que el universo de las pruebas judiciales está rodeado de una atmósfera imperturbable y ajeno al mundanal ruido de los valores y de las concepciones políticas sobre la sociedad y el proceso.

Lo cual sufre un rotundo desmentido nada más observar que la concepción y la regulación del papel del juez y de los otros protagonistas del proceso en orden a la verificación de los hechos, pueden cambiar de punta a cabo según sean las visiones generales de la sociedad recónditas tras todo problema procesal y tras cualquier solución *técnico-jurídica* para resolverlo¹⁵.

Por ello, voy a situar la comprensión de la «libre valoración» en esta panorámica funcional.

Claro que no es momento de excederse —aun a fuer de interesante— en una especie de genealogía y arqueología —*made in Foucault*¹⁶— sobre las diferentes formas que ha adoptado la *veridiction* en las distintas estructuras judiciales que jalonan la historia cultural de Occidente y, menos, en lo que respecta a los regímenes de elucidación de la verdad que han instituido prácticas tan diversas como el examen de conciencia entre los estoicos, la penitencia en el cristianismo primitivo, la confesión sacramental establecida por el concilio de Letrán, el peritaje psiquiátrico, el psicoanálisis, etc.¹⁷.

Afrontaré un cometido más modesto, efectuando alguna referencia tangencial al sistema de la *prueba legal* (que antecede al del *libre convencimiento*) para, de entrada, subrayar su característica *racional* (peculiar si se quiere, pero racional) y, luego, des-

granar la relación de algunos factores que propiciaron la sustitución de la *prueba legal* por el principio de la *íntima convicción*.

El sistema de la *prueba legal* —antecesor del de la *libre valoración*— ha sido vilipendiado en base, sobre todo, a sus degeneraciones más evidentes¹⁸, aunque, simétricamente, los abusos perpetrados bajo el auspicio del *libre convencimiento* dan pie a la nostalgia por el sistema de la *prueba legal*¹⁹.

Digase lo que se diga de este último, en cualquier caso me parece abusivo afirmar que «el sistema de la prueba legal, no sólo no evitaba el arbitrio judicial, sino que lo estimulaba»²⁰. Justo al contrario, este sistema ha merecido epítetos laudatorios porque se trataba de un método para racionalizar la valoración de la prueba al reducir —tendencialmente a cero— el peligro ínsito en el arbitrio subjetivo del juez y, además, al eliminar las pruebas irracionales como las del «juicio de Dios»²¹.

La *prueba legal* no era de por sí irracional. Desde un *punto de vista jurídico*, era, en primer lugar, la consecuencia lógica de un sistema procesal en el que el juez no tomaba contacto inmediato con las pruebas, y, en segundo lugar, se convertía en un sistema idóneo para garantizar la objetividad y uniformidad de juicio contra la arbitrariedad del juez, lo cual se hacía necesario en situaciones —como aquellas— en las que la organización judicial era caótica y el juez carecía a menudo de cultura adecuada y de formación técnico-jurídica. Y, desde un *punto de vista gnoseológico*, el sistema de la prueba legal expresaba una metodología del conocimiento fundada en los apriorismos y abstracciones formales típicos del pensamiento tardoescolástico y aristotélico-tomista²².

Así pues, los principios fundamentales que rigen el proceso no son abstracciones definibles dentro de un cuadro de categorías absolutas, sino realidades cuyo verdadero perfil se ve a la luz del contexto político-social en que encuentran acomodo. Por eso, las reglas de la *prueba legal* —aun cuando más tarde y en otro ambiente sean desechadas porque mortifican la racionalidad del juicio— asumían de hecho una función enteramente positiva, ya que servían al imputado de baluarte garantista contra la prepotencia del juez²³.

Tanta insistencia sobre la conquista de *racionalidad* que supuso el sistema de la valoración «legal» de la prueba viene a cuento —como mostraré después— para desacreditar interpretaciones irracionales del «libre convencimiento» que —como se sabe— desbanca al sistema de la «prueba legal» en nombre —entre otras cosas— de una racionalidad más moderna y cumplida.

¹⁴ Creo que hay una confirmación en el pulcro estudio de Bagigalupo, E.: «La impugnación de los hechos probados en el recurso de casación penal», *Estudios Jurisprudenciales*, 1992, 1; págs. 52-53.

¹⁵ Nobili, M.: «La teoria delle prove penali e il principio della difesa sociale», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1974, 2; págs. 419-420.

¹⁶ Foucault, M.: *La verdad y las formas jurídicas* (trad. cast.), México, 1984; págs. 13-33.

¹⁷ Foucault, M.: *La verdad...*, págs. 37-140; Francois, J.: «Aveu, vérité, justice et subjectivité», *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1981, 7; págs. 163-164.

¹⁸ Como señala Taruffo, M.: *La prova dei fatti giuridici*, Milán, 1992; pág. 362.

¹⁹ Cfr. Amodio, E.: «Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1973, 22; pág. 311.

²⁰ Gimeno Sendra, V.: «Los principios del proceso penal», VV.AA. *Derecho Procesal*, t. II (Proceso penal), Valencia, 1990; pág. 78.

²¹ Taruffo, M.: *La prova...*, pág. 362.

²² Taruffo, M.: «Libero convincimento del giudice», *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1990, vol. XVIII; pag. 1.

²³ Amodio, E.: «Libertà e legalità...», pág. 315

3. AMBIENTES SOCIO-HISTÓRICOS DEL «LIBRE CONVENCIMIENTO»

Para explicar el advenimiento del nuevo sistema —el de la *intima convicción*— se hace imprescindible invocar un entramado de factores de variado orden²⁴. No es este lugar ni momento para efectuar una exposición detallada y articulada de todos ellos, pero sí para al menos enumerar algunas razones —políticas, jurídicas, filosóficas— que aclaran el engaste del «libre convencimiento» en un nuevo ambiente jurídico-político, ideológico y cultural en sentido amplio.

- a) Comienzo por esto último aludiendo a algunos aires filosóficos que corrían por la Europa del XVIII. En la primera mitad de ese siglo se desarrolló el proyecto de introducir (en el dominio de las relaciones sociales) los descubrimientos de la ciencia y del nuevo *método filosófico experimental* elaborado en el siglo precedente²⁵. Y así como la sistematicidad y el apriorismo de la escolástica y del cartesianismo estaban en el fundamento de las «pruebas legales», la nueva filosofía empirista condujo a entender —también en lo que respecta a las pruebas judiciales— que el conocimiento de la verdad se obtenía mediante la observación directa y crítica de los hechos²⁶. De ahí que la verdad, empíricamente establecida, se convirtiera en una de las bases constitutivas del garantismo penal que, entre otras cosas, requiere que las averiguaciones jurisdiccionales se efectúen mediante asertos cuya verificación se encarga a la parte acusadora y expuestos a la confutación de la defensa, y no a través de medios que ni son verificables ni falsables²⁷.
- b) Por consiguiente, si el conocimiento requiere el contacto directo con los hechos, era lógico que se abogara a favor de la *inmediatez* en el examen de las pruebas en el proceso. Ello suponía subvertir todo el proceso penal anterior. Así el carácter *secreto, mediato y escrito* de las pruebas sería sustituido por la *publicidad, la inmediatez y la oralidad* de las mismas²⁸.
- c) Ahora bien, ¿a quién compete el análisis y valoración de las pruebas? A este propósito convendría recordar que el sistema de la «prueba legal» era más el producto del *droit savant* que no objeto de normas (aunque a la postre se convirtiera en un fenómeno legislativo). Eso explica que la valoración «legal» fuera —en cuanto cristalización de la *opinio doctorum*— el producto típico de una cultura jurídica formalista, analítica y categorizadora, amante de sutilezas y complicaciones clasifi-

catorias²⁹. Pero a finales del XVIII los legisladores franceses que siguieron a la Revolución se mostraron radicalmente hostiles al profesionalismo de los jueces³⁰, sobre todo porque éstos eran *jueces del antiguo Régimen*; por eso fomentaron la participación de *jueces populares*³¹.

- d) La intervención simultánea de magistrados profesionales y jueces populares era factible, sin solapamiento, merced a la contraposición entre la *quaestio iuris* y la *quaestio facti*. Tal distinción se basaba sobre todo en un presupuesto ideológico, no lógico, puesto que era patente la dificultad de semejante separación. Se trataba más bien de una específica aplicación de la teoría garantista de la *separación de poderes*: atribuir a un mismo órgano el poder de conocer el hecho y el poder de aplicar el derecho acarreaba un riesgo de arbitrariedad intolerante. La escisión entre *hecho y derecho* permitía, en realidad, adoptar soluciones diferentes respecto de los problemas implicados en las dos *quaestions*, ya que sólo lo atinente al «derecho» quedaba confiado al cuerpo de jueces funcionarios³².
- e) Y, en principio, la intervención del pueblo en la administración de justicia era consonante con el artículo 6 de la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* que consagraba la aptitud de cualquier ciudadano para intervenir en todo asunto público. Sin embargo, ¿de qué capacitación específica están provistos los jueces populares para ponderar las pruebas que se muestran ante sus ojos? Del *sentido común*, ni más ni menos. Es curioso constatar que por doquier venían emparejadas las diatribas contra la profesionalización de los jueces y las loas dedicadas al «sentido común». ¿Cómo no citar, por ejemplo, a Beccaria, cuya influencia sobre el derecho penal todos dan por descontada? Escribía: «La ignorancia que juzga según su sentimiento es más segura que el saber que decide según una opinión... Si la búsqueda de la pruebas de un delito exige habilidad y destreza, si, para presentar el resultado de esas investigaciones, se precisa claridad y precisión, sin embargo, para juzgar a partir de ese resultado, basta con un simple y ordinario buen sentido, menos engañoso que el de un juez acostumbrado a buscar culpables a toda costa y que remite todo a un sistema ficticio sacado de sus estudios. Feliz la nación en la que las leyes no fueran una ciencia»³³. Y para no errar en la comprensión del elogio a este *bon sens*, no se pierde de vista que nos encontramos en la edad de los racionalismos. Por eso, la «intima convicción» que

²⁴ Para un excelente análisis, cfr. todo el libro de Nobili, M.: *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milán, 1974; y, en España, Vázquez Sotelo, J. M.: *Presunción de inocencia...*, págs. 443-523.

²⁵ Nobili, M.: *Il principio...*, pág. 83.

²⁶ Nobili, M.: *Il principio...*, pág. 92.

²⁷ Ferrajoli, L.: *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1990; pág. XVI.

²⁸ Vázquez Sotelo, J. M.: *Presunción de inocencia...*, pág. 454

²⁹ Taruffo, M.: *La prova*, pág. 362.

³⁰ Poncela, P.: «L'intime conviction dans le jugement penal», *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1983, 11; pág. 112.

³¹ Vázquez Sotelo, J. M.: *Presunción de inocencia...*, pág. 455.

³² Nobili, M.: *Il principio...*, págs. 132-133

³³ Cit. en Poncela, P.: «L'intime conviction...», págs. 112-113.

genera el sentido común es, de hecho, una resultante de la razón, entendida ésta como facultad natural, espontánea, para juzgar correctamente, opuesta a las pasiones. De ahí que el convencimiento, que se consigue con la razón, aunque sea *íntimo* no por ello deja de ser *común* ya que se apoya en una facultad —la razón— que a priori ha sido igualmente distribuida³⁴. Las voces «sentido común» y «sentimiento íntimo» que aparecen en la *Enciclopedia* de Diderot y d'Alembert corroboran que, en este contexto, se está mencionando una capacidad de acceder a la verdad, propia del intelecto de todo hombre, y que, por ello, nada tiene de irracional, en el sentido moderno de la palabra³⁵.

Bien. Me parecía aconsejable reconstruir sumariamente esta atmósfera de ideas que confiere un sentido bastante definido a la fórmula legislativa originaria que —en el continente europeo— consagraba el criterio del *libre convencimiento* (que fue debatido y resuelto por el *Décret* sobre el procedimiento penal de 1791 y por su correspondiente *Instruction*).

La nueva normativa proclamaba el principio del «libre convencimiento» en la fórmula de juramento destinado a los jurados. Decía: «... *Vous jurez... de vous décider d'après les charges et les moyens de défense et suivant votre conscience et votre intime conviction, avec l'impartialité et la fermeté qui conviennent à un homme libre?*».

Y era todavía más explícita la instrucción que se leía a los miembros del jurado antes de que se retiraran a deliberar: «*La loi ne demande pas compte des moyens par lesquels (les jurés) se sont formés une conviction; elle ne leur prescrit point des règles auxquelles ils doivent attacher particulièrement la plénitude et la suffisance d'une preuve; elle leur demande de s'interroger eux-mêmes dans le silence et le recueillement et de chercher, dans la sincérité de leur conscience, quelle impression ont fait sur leur raison les preuves apportées contre l'accusé et les moyens de la défense. La loi ne leur dit point: "vous tiendrez pour vrai tout fait attesté par tel nombre de témoins, ou vous ne regarderez pas comme suffisamment établie toute preuve qui ne sera pas formée de tant de témoins ou de tant d'indices"; elle ne leur fait que cette seule question, qui renferme toute la mesure de leur devoir: "avez-vous une intime conviction?"*»³⁶.

Duport, que había sido el autor del proyecto de ley, tuvo que salir contra la desconfianza que podía suscitar la «íntima convicción»; en concreto contra una intervención de Robespierre en la que éste manifestaba que «dejar todo al convencimiento del juez es crear la arbitrariedad y el despotismo» y, por ello, proponía un sistema sincrético, mezcla de «prueba legal» y de «libre convencimiento». En su respuesta —extremadamente clarificadora— Duport dijo: «...cuando hay magistrados y el juicio no está sub-

dividido, entonces la sociedad está obligada a tomar precauciones contra la arbitrariedad de las decisiones... Todo cambia cuando hay jurados. Estos ciudadanos, seleccionados sin interés, escuchan y ven al acusado en relación con los testimonios; ven juntos de una vez y desde un único punto de vista el conjunto y los detalles del proceso. La sociedad no tiene ninguna desconfianza contra ellos; les permite emplear sus propios conocimientos personales y juzgar con toda la lealtad posible y con las luces del buen sentido. Hay unidad y acuerdo entre sus facultades; no están constreñidos —como los magistrados— a desdoblarse, por así decir, y a juzgar no como ven, sino como debieran ver, a no obedecer a la propia conciencia y a seguir reglas falsas y absurdas de probabilidad»³⁷.

Por lo que se ve, aquí no hay atisbo de legitimación para una lectura de la «íntima convicción» en otra clave que no sea la racionalista.

Quizás haya que salir al quite de una postrera tentación de imaginar en la «íntima convicción» cierta complacencia con el descontrol subjetivo. Se trata, esta vez, del argumento siguiente: puesto que el legislador exoneraba a los jurados de motivar su convencimiento, *eo ipso* les facultaba para que su decisión no estuviera sometida a ningún vínculo racional.

Pero fijémonos bien. Aunque no se exigiera a los jurados que manifestaran las razones de su convicción, tras ello no se escondía ninguna condescendencia con la arbitrariedad o con cualquiera apreciación no racional de la prueba, porque, sencillamente, son problemas distintos y requieren explicaciones diferentes³⁸.

Es verdad que, con el tiempo, esta tarea de valoración de las pruebas (que se había diseñado para los jueces populares) pasó a las manos de los magistrados profesionales. Pero sería inaudito que los legisladores condescendieran con los jueces funcionarios (por los que sentían desconfianza) más que con los jurados y otorgasen a aquéllos —como en algún tiempo pensó nuestro TS— un poder «omnímodo, libérrimo y soberano» sin «supeditarlos a un criterio nacional».

De lo contrario, y por añadidura, la interpretación irracionalista del «libre convencimiento» supondría un retroceso espectacular. Y no al penúltimo régimen de pruebas —el de la «prueba legal»— pues éste, como antes he subrayado, tendía a eliminar la arbitrariedad del juez; implicaría, con toda seguridad, el regreso a un estadio aún más pretérito; aquél que feneció precisamente con la invención del sistema de la «prueba legal».

Con el correr de los tiempos, el principio del «libre convencimiento» ha transitado por diversos avatares que, muchas veces, han dejado maltrato el cuasisacramental carisma racionalista que le acompañó en su alumbramiento. Pero no se trata de mostrar nostalgia alguna ante el extravío, la perversión

³⁴ Poncela, P.: «L'intime conviction...», pág. 116.

³⁵ Nobili, M.: *Il principio...*, pág. 132.

³⁶ Cit. en Nobili, M.: *Il principio...*, págs. 154-155.

³⁷ Cit. en Nobili, M.: *Il principio...*, págs. 159-160.

³⁸ Binder, A. M.: «El relato del hecho y la regularidad del proceso: la función constructiva y destructiva de la prueba penal»,

Doctrina Penal, 1990, 49-52; pág. 99. También, cfr. Legros, R.: «La preuve légale en droit pénal», en Ch. Perelman-P. Foirers, *La preuve en droit*. Bruselas, 1981; págs. 150-153; Levasseur, G.: «Le droit de la preuve en droit pénal français», *ibid.*, págs. 179-181.

o la equívocidad respecto del significado originario de la «íntima convicción». Todo acaba entregándose al hado y a la ola de los tiempos. Y el criterio de la «libre valoración» no iba a ser menos.

Si tiene sentido pasar revista —aunque sea metéorica— a la diversidad de acepciones que han acompañado a la expresión «libre convencimiento» (o fórmulas equivalentes), eso se debe a que —como antes he advertido— el tema de las pruebas no es materia ni neutral, ni de pura lógica, ni, por tanto, libre de coloraciones ideológicas.

Para no alargarme, diré que la pluralidad de significados que se han parapetado tras la fórmula del «libre convencimiento» toleran una clasificación según tres registros, a saber: *gnoseológico*, *ideológico-político* y *técnico-jurídico*³⁹.

a) Desde el punto de vista *gnoseológico* ha de señalarse que, tras una fórmula aparentemente inalterada, han circulado una muchedumbre de interpretaciones: desde el *iluminismo* —que era el soporte primigenio de aquel criterio— a las concepciones *idealistas* y *románticas* de la prueba; después al *logicismo global* de la pandectística y del iuspositivismo; más tarde el *scientisme fin de siècle*; por último a la dimensión *psicológica* y *psicoanalítica* que ha servido de telón de fondo al tema de la decisión sobre los hechos en el realismo jurídico americano.

b) Si se examina el perfil *político-ideológico* del tema, se observa que, tampoco aquí, los resultados son uniformes. Utilizando, por ejemplo, una comparación *macroscópica* se sabe, por un lado, lo que representó la «íntima convicción» y el sistema de los jurados en 1791 y, por otro, que la escuela penal positiva consagró, a la luz de la defensa social, el arbitrio del juez en la averiguación de los hechos. Esa misma relatividad se advierte —ya en dimensiones más *microscópicas*— por medio del análisis lexical de los términos «libre» y «convencimiento» respectivamente.

A la palabra «libre» le han acompañado acepciones incompatibles entre sí según fuera el objeto de referencia: libertad respecto de un sistema legal de reglas probatorias; libertad de cualquier disciplina metodológica que presida la verificación judicial; libertad del juez en relación al diálogo y al contradictorio entre las partes; libertad de la obligación de motivar; libertad del juez ante la ley; etc.

Parejamente, el término «convencimiento» asume significaciones diferentes según sus diversos contextos de uso. Esa palabra sintoniza con concepciones diametralmente opuestas del proceso según quién protagonice en el debate la búsqueda de la verdad (si es el juez el que discute con una parte, o si el juez interviene como un tercero tras el debate entre las dos partes...).

c) La perspectiva *técnico-jurídica* suministra, igualmente, una pluralidad de versiones sobre el «libre convencimiento». El significado

de esta expresión varía según sean los parámetros normativos que están conectados con un sistema de valoración; por ejemplo, la amplitud de los poderes instructorios del juez, la oralidad y la inmediatez procesal, la relación entre las diversas partes del proceso, etcétera.

Ahora bien, la relatividad histórica del principio del «libre convencimiento» que ha ilustrado este triple enfoque, no ha de entenderse, sin embargo, como un progresivo distanciamiento de un significado históricamente originario, y por ello auténtico y genuino. Al contrario, conviene rechazar la pretensión de que hay una versión del «libre convencimiento» que se erige en dato claro e incontestable al que puede recurrirse sin equívocos. El estudio de las divergentes comprensiones del «libre convencimiento» exhumará las opciones previas (concernientes a la teoría del Estado y a la función del derecho procesal) que yacen bajo cada una de las versiones de aquel principio. Por eso, no hay leyes inmutables del proceso. Y como toda teoría de la prueba está mediatizada por una ideología, cualquier interpretación del «libre convencimiento» remite a una cierta imagen del proceso y, finalmente, a una manera específica de concebir la sociedad. Cualquier divergencia en el entendimiento de la finalidad del proceso e incluso de la sociedad misma, se reflejará inevitablemente en la intelección del «libre convencimiento». Eso explica la oscilación histórica entre acepciones opuestas del mismo.

Por eso, ahondar en el contexto funcional del dicho «libre convencimiento» se revela incomparablemente más eficaz que el dispendio de ardores y fatigas en neutralizar —vía otras normas del sistema jurídico, a palo seco— los efectos irracionalistas subsiguientes al significado presentemente inmutable y que aprioricamente hubiera de atribuirse a la susodicha expresión.

4. LA RECUPERACION DEL CONTEXTO SISTEMICO

Si antes no se apostaba ninguna gorda por la eficacia interpretativa del contexto sistémico, eso se debía a que al sistema de la «libre valoración» se le confería equivocadamente un sentido unívoco y fijo; de modo que de los otros preceptos de su entorno (el ya mentado art. 717 LECr.) sólo cupiera esperar algún beneficio vicario y —lo peor— además no compartido.

Ahora bien, una vez entrevista la incidencia de los cambiantes marcos sociohistóricos sobre los igualmente mutantes significados de la «libre valoración», ya estamos en disposición de configurar una atmósfera (la actual) en la que el contexto sistémico (no sólo el art. 717, como si fuera el llanero solitario) segregara su verdadero jugo interpretativo.

Para mostrar por qué hodiernamente se justifica una concepción racionalista del «libre convencimiento», viene bien pasar revista a las ventajas positivas que de ella se derivan, y que no son pensables ni

³⁹ Sigo a Nobili, M.: *Il principio* . págs. 464-467.

en un concepto irracionalista de la valoración de las pruebas, ni en la teoría de la prueba legal, ni tampoco en una combinación de ambos. Helas aquí sintéticamente⁴⁰:

- a) La versión racional de la «libre valoración» tiende a que el juicio sobre los hechos esté tendencialmente orientado —dentro de los límites del derecho— a la *realidad empírica*. Nada de esto oferta un concepto irracionalista de la valoración ya que sólo expresa la intuición subjetiva, inefable e insondable del juez; y, por tanto, carece de garantía de acercamiento a la realidad de los hechos. La prueba legal, de su lado, constriñe al juez a emplear criterios distintos de los que exige una aproximación, racionalmente justificada, a la realidad empírica del hecho específico.
- b) La concepción racional del «libre convencimiento» garantiza el *derecho a la prueba* que normalmente se reconoce a las partes. No, en cambio, una valoración irracional de las pruebas; ya que todas las pruebas que las partes someten a la consideración del juez no pasan de ser estímulos —no elementos de juicio— que, sin orden ni concierto, suscitan las reacciones subjetivas del juez. Por su parte, el sistema de la prueba legal entra en conflicto con el derecho de las partes a la prueba, puesto que este derecho implica la facultad de las partes para facilitar todos los instrumentos indispensables en orden a la averiguación del hecho, pero esto es justamente lo que la prueba legal excluye.
- c) La racionalidad en la valoración de las pruebas incide, también, sobre la *libertad del juez* en el empleo de las pruebas. Supone, por el lado racionalista, que esa libertad está *orientada* y no equivale a discrecionalidad absoluta o a arbitrario subjetivo; es decir, significa que el juez busca una corroboración veritativa sobre los hechos y, a tal fin, debe usar criterios racionales. El juez está libre de ataduras legales pero no de criterios de valoración racional. No hace falta ningún argumento para sostener que la concepción irracionalista, contrariamente a la anterior, equipara libertad con arbitrio subjetivo. Y solamente concibiendo en clave racional la libertad de valoración se puede mostrar una actitud crítica contra la prueba legal como límite a la libertad del juez. Porque si se defendiera que la libertad del juez equivale a la arbitrariedad, parecería razonable abogar por la recuperación de las reglas de la prueba legal en cuanto garantía contra la degeneración del libre convencimiento.
- d) La idea que se tenga del convencimiento del juez repercutirá luego sobre el problema de la *motivación de las sentencias*.

Si se defiende el racionalismo del convencimiento judicial, la obligación de motivar significa que el juez justifica con argumentos racionales sus propias opciones y luego las somete al control externo.

Por contra, es una insensatez exigir una justificación racional de algo que se supone no racional, como acontece en la versión irracionalista del «libre convencimiento».

En un sistema de prueba legal, la estructura de la motivación sobre el «hecho» no diferrá de la motivación de los fundamentos de «derecho» ya que, en ambos casos, habría que razonar en base a normas jurídicas y no en base a criterios de racionalidad empírica, que —como se ha dicho en a)— a la altura de nuestro tiempo y dada la materia («hechos») es lo debido.

5. LO HECHO Y LO QUE AUN RESTA POR HACER

Afortunadamente ya no se precisa de cuantiosa munición para defenderse desde la trinchera de la racionalidad, incluso si —como se ha escrito— «no parece *up to date* en un momento histórico en el que las modas culturales privilegian el «pensamiento débil» o el «pensamiento negativo»... sólo los cánones del conocimiento empírico pueden constituir las reglas de formación y de fundación de un conocimiento tendente a la verdad judicial de los hechos. Que tales reglas sean mal conocidas por el juez, como por los juristas, es sin duda un dato negativo que puede convertir en peligrosa la confianza sobre la racionalidad de quien no sabe o no quiere ser racional, pero eso no basta para modificar el estado del problema o para legitimar otras soluciones»⁴¹.

Por lo tanto —y aunque no veo que se haya justificado adecuadamente— la conciencia de la lucha por la racionalidad en el dominio de las pruebas parece ya una batalla definitivamente ganada, no sólo en el plano doctrinal⁴² sino también en la jurisprudencia de aquel Tribunal (el TS) que, hasta no hace mucho, apostaba por una solución inversa. No importa en exceso determinar de cuándo data este viraje jurisprudencial (parece que se insinúa ya en la sentencia del TS de 15 de diciembre de 1981) sino constatar que definitivamente se sostiene que la estimación en conciencia de las pruebas debe ajustarse «a una apreciación lógica de la prueba, no exenta de pautas o directrices de rango objetivo, fiel a los principios del conocimiento y de la ciencia, a las máximas de la experiencia, a las reglas de la sana crítica, que aboque en una historificación de los hechos en adecuado ensamblaje con ese acervo de mayor o menor aptitud, de datos acreditativos o reveladores que haya sido posible concentrar en el proceso» (STS de 4 de abril de 1989).

De todos modos, no oculto mi sospecha de que

⁴⁰ Con más detalle, Taruffo, M.: *La prova...*, págs. 373-377.

⁴¹ Taruffo, M.: «Note per una riforma del diritto delle prove», *Rivista di diritto processuale*, 1986, 2-3; pág. 268.

⁴² Cfr. como muestra, Córdoba Roda, J.: «El derecho a la pre-

sunción de inocencia y la apreciación judicial de la prueba», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1982, 4; págs. 23-24; Asencio Mellado, J. M.: «La prueba. Garantías constitucionales derivadas del artículo 24.2», *Poder Judicial*, 1986; pág. 38.

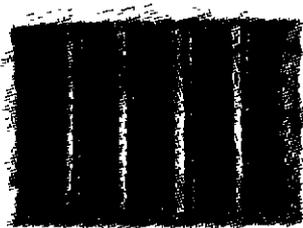
la resuelta y fervorosa invocación de «la apreciación lógica, fiel a los principios del conocimiento y de la ciencia» no va mucho más allá de ser una cláusula de estilo en la motivación de las sentencias, y que, en el fondo, la valoración de las pruebas en poco haya cambiado respecto de los tiempos de la «libertad omnimoda y libérrima».

¿Que por qué lo digo? Porque cuando se trata de definir el «libre convencimiento» se emplean fórmulas genéricamente alusivas a la lógica, a la ciencia, a la experiencia, pero que, de verdad, poco añaden a la expresión legislativa de —en nuestro caso— «según la conciencia». En vano buscaría un lector atento explicaciones o profundizaciones sobre ello. Y no sólo en la jurisprudencia de este país sino también en la de otros⁴³.

Ni, descontada alguna epidérmica información sobre la *coherencia narrativa*, la doctrina procesalista española —en su mayoría— parece haber prestado atención al colosal problema epistemológico que supone determinar qué se entiende por verdad de los hechos en el proceso, y cuándo, en qué condiciones y con qué medios puede ser alcanzada⁴⁴.

Recapitulando: no se explican los criterios concretos de racionalidad que deben imperar en la valoración de los hechos; y de ello es responsable —entre otros— la jurisprudencia cuando, en la práctica, mantiene una actitud *agnóstica* y omisiva⁴⁵. Por ello, no debe descartarse que, en medio de ese vacío conceptual, sigan prosperando camufladamente prácticas jurisdiccionales que pensábamos definitivamente clausuradas.

**ALGUNAS PERSONAS
LLEVAN ESTE CÓDIGO
DE BARRAS POR EL
PRODUCTO DE SUS IDEAS.**



Colabora.
Estás en libertad

AMNISTÍA  INTERNACIONAL

Apdo. Correos 50.318 - 28080 MADRID

⁴³ Patti, S.: «Libero convincimento...», págs. 481-485

⁴⁴ Lo mejor que conozco pertenece a Taruffo, M.: *La prova...*, págs. 143-215. Está además el renombrado libro de Cohen, L. J.: *The Probable and the Provable*, Oxford, 1977; págs. 49-118. También es de interés el estudio de Besso Marcheis, Ch.: «Pro-

babilità e prova considerazioni sulla struttura del giudizio di fatto», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1991, 4; págs. 1126 y ss

⁴⁵ Taruffo, M.: *La motivazione della sentenza civile*. Padua, 1975, págs. 444-445.