



Valoración de las pruebas: algunos tópicos a revisar en la cultura probatoria de nuestra jurisdicción contenciosa

Assessment of evidences: some topics to review in the evidentiary culture within the contentious jurisdiction

JUAN IGARTUA SALAVERRÍA
UPV/EHU
juan.igartua@ehu.eus

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.122.2022.03>

LABURPENA: Berriki argitaratutako argitalpenen batean gogorarazi digute frogak zeregin garrantzitsua duela auzi-jurisdikzioaren ebazpenetan, arreta eskasa jaso izan badu ere. Ahalegin txalogarriak egin dira dagokion lekuan berriz jartzeko, baina, froga-jardueraren une gorenak —frogaren balorazioa—, oraindik ere, tratu eskasa eta zaharkitua jasotzen du; horren arrazoietako bat izan daiteke segur aski kultura-falta dagoela arazo juridikoen konponketan hertsiki juridikoak ez diren baina erabakigarriak diren gaitan.

HITZ GAKOAK: Gertaera. Konbikzio judiciala. Frogaren funtzioak. Banakako balorazioa eta baterako balorazioa. Motibazioa. Kritika osasuntsuaren arauak.

ABSTRACT: We have been reminded by a recent publication that evidence plays a relevant role in the decisions of the contentious jurisdiction in spite of the poor attention paid to it. In the praiseworthy efforts to restore it to its rightful place, nevertheless, it is wanting that the crest of the evidentiary activity — the assessment of the evidence— continues to receive a meagre and stripped of context treatment; it is probably attributable (although not only) to the lack of culture in non strictly legal issues but that are decisive for the solution of legal problems.

KEYWORDS: Fact. Judicial conviction. Functions of evidence. Individual assessment and joint assessment. Motivation. Rules for sound judgment.

RESUMEN: En alguna reciente publicación se nos ha recordado que la prueba juega un papel relevante en las resoluciones de la jurisdicción contenciosa, pese a la deficiente atención que aquella ha venido mereciendo. En los loables esfuerzos por reponerla en el lugar que le corresponde, sin embargo, se echa de menos que el momento culminante de la actividad probatoria —la valoración de la prueba— siga recibiendo un trato escaso y desactualizado; imputable seguramente (aunque



no solo) a la falta de cultura en asuntos no estrictamente jurídicos pero determinantes en la solución de problemas jurídicos.

PALABRAS CLAVE: Hecho. Convicción judicial. Funciones de la prueba. Valoración individual y valoración conjunta. Motivación. Reglas de la sana crítica.

Trabajo recibido el 29 de diciembre de 2021

Aceptado por el Consejo de Redacción el 21 de enero de 2022



Sumario: Introducción. I. ¿Qué son los «hechos» sobre los que versan las pruebas? II. La inefable «convicción» judicial. III. Una borrosa e incontrollable «valoración conjunta». IV. Acríticas «reglas de la sana crítica». V. Una muy sucinta recapitulación. Bibliografía citada

Introducción

1. Cuéntase que cierto día, en una conversación entre Francesco Carnelutti (maestro *in utroque*: derecho civil y derecho penal) y Guido Zanonini (estrella en el firmamento iusadministrativista italiano), el primero le dijo al segundo con indisimulado ánimo de incomodarlo: «*Guarda Guido, il civile è il diritto, il penale è il fatto, e l'amministrativo... beh, l'amministrativo è il nulla*» (1).

En tan desfigurada fisonomía, que ni a caricatura alcanza, hay no obstante un rasgo de reconocible realismo: que los análisis sobre la «*quaestio facti*» no son precisamente *marca de la casa* en las aportaciones de nuestros administrativistas (tanto en sede académica como en la judicial), con las meritorias excepciones de rigor (que siempre suele haberlas).

Estado de cosas debido tal vez, al menos en parte, a que en el contencioso-administrativo «la prueba se desarrollará con arreglo a las normas generales establecidas para el proceso civil» (según dispone el art. 60.4 LJCA) (2); por lo que la preceptiva troncal sobre la prueba de los hechos quedaría confiada —de primeras— al patrocinio de la doctrina procesal civilista (cuya influencia se acrecienta si, además, se toma en cuenta la función supletoria de la LEC en el ámbito de lo contencioso, de conformidad con la Disposición Final 1.ª de la LJCA: «en lo no previsto por esta Ley, regirá como supletoria la de Enjuiciamiento Civil»).

2. Pero, de todos modos, que el espinazo normativo del contencioso sea en esta materia una herencia de progenie civilista, nada resta al protagonismo que corresponde a la prueba de los hechos en el proceso administrativo. Es decir, si bien en sí misma «la LJCA es parca en la regulación probatoria» (3), de fuente muy directa se nos hace sa-

(1) PELLIZER, O., «La ricostruzione del fatto nel processo penale», Tesi di laurea, *Fondazione Guglielmo Gulotta di Psicologia Forense e della Comunicazione —Onlus—*, Milano, 2010; pág. 6.

(2) Precepto que, en lo referido a la valoración de los medios de prueba, está en perfecta sintonía con lo ordenado para la etapa del procedimiento administrativo mismo: «Los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en Derecho, cuya valoración se realizará de acuerdo con los criterios establecidos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil» (art. 71.1 LPAC).

(3) CHAVES GARCÍA, J. R., *Breviario jurisprudencial de la prueba en la justicia administrativa*, Ed. Amarante, Salamanca, 2021; pág. 28.



ber que «la mayoría de los litigios no versan sobre controversias jurídicas, sobre identificar la norma o interpretarla, sino sobre algo más discreto pero más difícil: el reto de averiguar, demostrar y declarar los hechos relevantes», pues tal cosa sucede cuando en sede judicial «se discute si existió o no la ganancia patrimonial que justifica el impuesto, si se conducía o no con temeridad para combatir la multa de tráfico, si existió o no una caída de motocicleta en la carretera como consecuencia de la falta de limpieza viaria, si el terreno está o no urbanizado para poder edificar, si se está en condiciones psíquicas de obtener permiso de armas, etcétera» (4). Dicho metafóricamente: aquellas humildes reglas probatorias, que el documento legislativo parece considerar como «la cenicienta del litigio contencioso-administrativo», pueden devenir —«tras el baile procesal»— «en la princesa que otorgue la victoria o castigue con la derrota» (5).

Razón de más, entonces, para acentuar la relevancia con que la actividad probatoria se reviste en el proceso contencioso; y, en consecuencia, para encarecer el ahondamiento en el estudio de tan productivo filón a quienes laboran dentro del susodicho marco procesal, por ser esta tarea un tanto desatendida. A eso voy.

3. Respecto de lo cual, una cuestión inicial (y clave) reside en determinar el método a seguir para profundizar en la entraña de una regulación (la probatoria) con tan decisiva incidencia en la resolución de la *litis*.

Opción orientada, con criterio realista sin duda, por la concreta diana a la que apunta la actividad probatoria. Y si se piensa que «la finalidad inmediata de la prueba radica en provocar un estado psicológico de persuasión o convencimiento en el intelecto del juez» (6), primará entonces no «lo pintado por la doctrina» (académica) sino «lo realmente vivido en los tribunales» (7). De ahí —como juiciosamente se infiere— «el inmenso valor que para el jurista tiene venir pertrechado a la guerra contenciosa con los criterios sobre actividad probatoria en un triple estrato»: a) «Un primer estrato, constituido por la jurisprudencia de la sala tercera del Tribunal Supremo (Contencioso-administrativa), con puntuales referencias

(4) CHAVES GARCÍA, J. R., *Breviario jurisprudencial...*, pág. 42. El referido autor es Magistrado especialista de lo contencioso-administrativo en el TSJ de Asturias, además de doctor y autor —entre otra bibliografía— de un libro que también versa sobre esta precisa temática: *La prueba contencioso administrativa: análisis dogmático y jurisprudencial*, Universitas, Madrid, 2007. La recurrente mención de su nombre en este trabajo se justifica, además de por el intrínseco valor de sus opiniones, por la panorámica general que ofrece del estado de la práctica probatoria en la jurisdicción contenciosa-administrativa.

(5) CHAVES GARCÍA, J. R., *Breviario jurisprudencial...*, pág. 14.

(6) CHAVES GARCÍA, J. R., *La prueba contencioso-administrativa...*, pág. 107.

(7) CHAVES GARCÍA, J. R., *Breviario jurisprudencial...*, pág. 18.



a la generada por la Sala primera (Civil), ya que esta última es más prolija y consolidada en lo que atañe a la LEC»; b) «Un segundo estrato, formado por los criterios aplicados por la Sala contenciosa del Tribunal Supremo(...) en autos dictados al admitir, practicar o resolver incidencias sobre la prueba en los procesos de los que conoce en única instancia»; c) «Y un tercer estrato, formado por los criterios procedentes de Salas territoriales de los Tribunales Superiores de Justicia, y de la Audiencia Nacional» (8).

Programa este inspirado en un loable pragmatismo a la vista del objetivo que, en primer término (y en último también), persiguen los litigantes: la victoria. Y para ello nada mejor que conocer a fondo y seguir a pies juntillas las reglas de juego imperantes de hecho en el ejercicio jurisdiccional de los tribunales más encumbrados.

A no olvidar, además, que la presencia de un «derecho viviente» en la efectiva práctica de los tribunales, si bien no presupone que aquél sea justo, sin embargo, potencia un estimable valor jurídico: el de la *seguridad*. Por tanto, aunque el «derecho viviente» no aspira a «tener siempre razón», contribuye a «mejorar» el funcionamiento de nuestro derecho (9).

4. No obstante, preciso será distinguir, por un lado, «la consolidada opinión que ha madurado en la jurisprudencia en orden al significado que ha de atribuirse a una determinada norma» (10) y, de otro lado, aquellas otras opiniones que, a fuerza de repetido manoseo, se muestran reblandecidas pero siguen igual de verdes que el primer día. O sea, no es lo mismo el producto interpretativo *preciso*, obra de una jurisprudencia ya asentada, que una constante reiteración judicial de fórmulas, pero con tan *impreciso* contenido, que —ante un mismo caso— habilitan salidas tanto en una dirección como en la contraria. Dicho con menos hermetismo: no procura —ni de lejos— la misma *seguridad* el que los altos tribunales establezcan p. ej. que «siempre procede la prueba allá donde haya hechos controvertidos» (de significado más o menos unívoco) o p.ej. prescriban escuetamente, recitando sin más la letra de la ley, que «la valoración de las declaraciones de las partes se efectuará conforme a las reglas de la *sana crítica*» (criterio de altos vuelos retóricos, pero de indefinida significación).

Necesidad de criba exigida con marcada urgencia cuando —como aquí interesará— «la valoración de la prueba (que) es la fase crucial del

(8) CHAVES GARCÍA, J. R., *Breviario jurisprudencial...*, págs. 17-18.

(9) DELLE PRISCOLI, L., «Editoriale: Il diritto vivente: le ragioni di una Rivista», *Il diritto vivente: Rivista giuridica on-line di Magistratura Indipendente*, 2015.

(10) DELLE PRISCOLI, L., «Editoriale...».



proceso allí donde existen hechos controvertidos»(11) precisamente es la afectada por una regulación tan distendida, al punto de no ofrecer asidero fiable a ninguna previsión sobre cuál pueda ser en cada caso la valoración resultante(12).

De ahí que emerja el inevitable escollo de una desasosegante pregunta: ¿hasta qué punto aprovecha al litigante conocer cómo la alta jurisdicción determina al detalle el orden en la práctica de las pruebas o la distribución de la carga de la prueba o la inversión de la prueba en el campo de la responsabilidad sanitaria o la realización de los interrogatorios o las listas de las que han de extraerse los peritos judiciales o las situaciones en las que los peritos están obligados a ofrecer aclaraciones... y multitud de aspectos más, si finalmente el rendimiento de todo el material probatorio, aportado a través de entramado tan complejo y minucioso, queda absolutamente a expensas de una valoración mayormente incontrolable del juez o tribunal que corresponda(13)?

5. Digo «mayormente incontrolable» concediendo que la «sana crítica», presuntamente garante de la racionalidad en la valoración de la prueba, en realidad no acostumbra a pasar —como se nos asegura— de una «cláusula de estilo» que precede en la sentencia a la expresión del resultado probatorio(14). Y que como mucho, ante la eventualidad de un recurso (en casación, sobre todo), la sana crítica —concepto que «suele investirse de la más generosa discrecionalidad»(15)— se erige en valedora de las «más elementales directrices de la lógica humana»(STS 13/06/2000(16)) —las cuales curiosamente tampoco se identifican— aptas para abatir solo piezas mastodónticas como «un error ostensible y notorio, falta de lógica, conclusiones absurdas, criterio desorbitado o irracional y conclusiones contrarias a las reglas de la común experiencia» (STS 14/05/2020(17)); con la particularidad añadida de que

(11) CHAVES GARCÍA, J. R., *Cómo piensa un juez. El reto de la sentencia justa*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021; pág. 306.

(12) Me parece oportuno transcribir estas palabras del actual Presidente de la Sala 3.^ª de nuestro TS: «Es práctica habitual que los jueces, a la hora de justificar su valoración de la prueba, acudan al concepto de la “sana crítica”, utilización que puede resultar abusiva cuando bajo tal fórmula se trata de ocultar criterios utilizados por el juez para discernir entre el material probatorio aportado por las partes» (TOLOSA TRIBIÑO, C., «Prólogo» al libro de CHAVES GARCÍA, J. R., *Cómo piensa un juez...*,pág. 34).

(13) No encuentro persuasiva ni nada tranquilizante, por cuanto expresa un deslumbrante oxímoron, esta formulación metafórica: «Valoración. La bola de cristal racional del juez» (CHAVES GARCÍA, J. R., *Breviario jurisprudencial...*, pág. 389).

(14) CHAVES GARCÍA, J. R., *Breviario jurisprudencial...*, pág. 442.

(15) Así se reconoce en CHAVES GARCÍA, J. R., *Breviario jurisprudencial...*, pág. 442.

(16) *Cit.* CHAVES GARCÍA, J. R., *Breviario jurisprudencial...*, pág. 442.

(17) *Cit.* CHAVES GARCÍA, J. R., *Breviario jurisprudencial...*, pág. 445.



corresponde a la estimación (subjetiva) del tribunal (que examina el recurso) calibrar si las tachas denunciadas alcanzan o no tan espectacular magnitud, descontado —claro está— todo aquello que resulte lógica o empíricamente *imposible* (18). Colmado de razón está, por tanto, quien cuestiona si «realmente importa la sana crítica» (19). Volveré sobre ello más adelante.

De momento, persigo poner énfasis en la extrañeza que provoca constatar la abundancia y minuciosidad con que la jurisdicción mima las fases de admisión y producción de pruebas para, después, desentenderse de la decisiva fase (la de su valoración) abandonándola a una prevalente anomia. A mi modo de ver, la explicación de ello radica en que tan altos tribunales, duchos en superar obstáculos de vaguedad conceptual y en resolver embarazos de interpretación sistemática (como profesionales que son en *técnicas* de la dogmática jurídica), carecen sin embargo del «background» *cultural* que demanda el tratamiento de aquella específica tarea valorativa —racional, se supone—; privación que, por desgracia, afecta también a otros órdenes jurisdiccionales (20).

No pretendo, pues, limar ni una micra a la oportunidad de proponer unas «reglas de oro de la prueba para los abogados en lo contencioso-administrativo» (21), ni mucho menos; aunque sí llamar la atención sobre algunos pasos en falso (o en el vacío) que dan los tribunales de esa jurisdicción (22), para lo cual preciso será que salgan de la autocomplacencia y se abran a paisajes que «pinta la doctrina» (justo lo que, al inicio, se había convenido en preterir); pero de una doctrina que no sea, como a menudo sucede, intelectualmente burocratizada practicando un rendido seguidismo de la jurisprudencia más elevada institucionalmente (puesto que, de ese modo, seguiríamos en las mismas).

(18) Como —en el orden penal— atribuir la muerte a la ingestión de un veneno cuando la autopsia de la víctima reveló que esta no había ingerido veneno alguno; o deducir la autoría del procesado de unas testificales en las que los testigos decían que éste no había sido el autor; o considerar creíble que por las noches la acusada volaba montada en una escoba (ejemplos de un magistrado de la Sala 2.ª, ya emérito, para ilustrar los tipos de error que pueden combatirse con la «sana crítica» —referencias en mi libro *Indicios, duda razonable, prueba científica. Perspectivas sobre la prueba penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021; págs. 95-96).

(19) COLOMA CORREA, R., «¿Realmente importa la sana crítica?», *Revista Chilena de Derecho*, 2012, núm. 3.

(20) Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, P., *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del Estado constitucional*, Trotta, Madrid, 2015; págs. 251-283.

(21) Al contrario, a este respecto merece obligada consideración la propuesta de «Veinte reglas de oro de la prueba para los abogados en lo contencioso-administrativo» (CHAVES GARCÍA, J. R., *Breviario jurisprudencial...*, págs. 487-496), de ingeniosa redacción, pero abierta —como casi todo— a la legítima discrepancia por lo que en aquella pueda sobrar o faltar.

(22) No va en esa línea ninguna de las «Treinta cosas que debería pensar todo juez antes de sentenciar» (CHAVES GARCÍA, J. R., *Cómo piensa un juez...*, págs. 600-604).



I. ¿Qué son los «hechos» sobre los que versan las pruebas?

Parecerá seguramente que arranco de muy lejos, desde los arrabales, para encarar el acotado y céntrico problema de la valoración de las pruebas. No lo veo así. Intentaré aclararlo.

1. Nada es *en sí* «prueba», sino «prueba *de*» (otra cosa). Por eso, en el derecho, suele comparecer la expresión «prueba *de* un hecho». Y de ahí que, para valorar hasta qué punto un elemento (de prueba) logra probar aquello que pretende, será imprescindible determinar qué hemos de entender por «hecho» (en tanto que *objeto* de la prueba). Oportunamente se nos ha recordado al respecto: «lo primero que debemos hacer es definir el “hecho”, para luego relacionarlo con la prueba» (23).

Elementalísima cuestión ante la que, intuitivamente, daríamos por correcta una respuesta que, bien mirada, acaba siendo errónea. Como esta: «Los hechos están ahí. En esa dimensión del espacio-tiempo donde aguarda lo sucedido, lo real, lo que está latente, hasta que un proceso judicial tenga que recuperarlo y expresarlo en formato de hechos probados» (24). Pues no.

Los «hechos» a probar en el proceso no son *realidades* espaciotemporales (las más de las veces) o psicológicas (incluso) sino *proposiciones lingüísticas* acerca de aquellas realidades (25); proposiciones que se constituyen en *hipótesis* que habrán de ser probadas. Entonces: «Téngase presente que la prueba gira en torno a la determinación de la verdad de las *afirmaciones* de las partes, de sus creencias», no «sobre sucesos o eventos» (26) (cursivas mías). Un inciso: se trata de proposiciones que describen eventos *singulares* (los únicos existentes en la realidad empírica) que no deben confundirse con *clases* de eventos (habituales en el lenguaje legislativo).

(23) COLMENERO GUERRA, J. A., «Conceptos generales», en GONZÁLEZ CANO, M.^o I., (dir.), ROMERO PRADAS, M.^o I., (coord.), *La prueba IV. La prueba en el proceso laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017; pág. 18.

(24) CHAVES GARCÍA, J. R., *Cómo piensa un juez...*, pág. 295. Debo advertir, no obstante, que el referido autor, en un libro anterior y alineándose con «la mejor doctrina procesalista italiana», escribía: «el hecho no aparece como dato empírico material sino como objeto de una descripción lingüística y conceptual, debiendo tenerse presente que los hechos materiales existen o no existen pero no admiten el calificativo de verdaderos o falsos ya que ello solo puede predicarse de los enunciados fácticos, que serán verdaderos si se refieren a hechos materiales sucedidos y que serán falsos si afirman hechos materiales no sucedidos» (*La prueba contencioso administrativa...*, pág. 109).

(25) Una precisión: se prueban las «proposiciones» (los contenidos que expresan los enunciados), no los enunciados mismos (que son ristas de letras o sonidos) pese a que así se acostumbre a decir (cfr. GUZET, G., «La prova ragionata», *Analisi e diritto*, 2016; pág. 131).

(26) COLMENERO GUERRA, J. A., «Conceptos generales»; págs. 18-19. O también, que: «El objeto de la prueba no son los hechos, sino las afirmaciones que sobre los hechos efectúan las partes» (ABEL LLUCH, X., *Derecho probatorio*, Bosch, Barcelona, 2012; pág. 21).



Los hechos a probar son pues, y ante todo, *entidades lingüísticas*; y solo de estas se dirá si son *verdaderas/falsas* o *probadas/no-probadas* (no es lo mismo lo uno que lo otro, pero ahora lo dejaré estar). Los calificativos de *verdadero/falso* o *probado/no-probado* no son predicables de lo que acontece en el mundo material sino solo de las *proposiciones* que a ése se refieren. Los hechos materiales existen o no existen, y ya está. Hablar de la «verdad de un hecho» es una fórmula elíptica para indicar la verdad de una proposición referida a un hecho material (27).

Por ello, las proposiciones a probar tienen como referencia el mundo de las cosas reales y acontecimientos históricos (es decir, no se presentan como invenciones o fábulas sino como remisiones verdaderas a lo que ha existido o ha sucedido) (28). En bellísima formulación: «la *realidad de lo que se habla* establece la *verdad* de lo que *se dice*» (29).

En esto reside el sentido de la «verdad» como *correspondencia* (entre lo que *se dice* y lo que en el mundo *es*). En el plano de la gnoseología (teoría del conocimiento) (30), el aquí pertinente, sería por tanto un sentido decir: «La verdad *material* es la que realmente aconteció o lo que son las cosas, al margen de su observador y de la actividad procesal (la realidad)» (31).

2. Prosigo. A lo peor, lo que aquí sostengo invita a suponer que una proposición lingüística *refleja* pasivamente entonces, a la manera de un espejo, un estado de cosas (objetos, acciones, sucesos) ya preformado antes de que hablemos de él. Y no hay tal (32).

Cuando hablamos, solemos fragmentar en «segmentos de realidad» el *continuum* que se despliega ante nosotros (p. ej. describiendo un accidente de circulación podemos fijarnos en distintos «pedazos» de la situación: tipo del vehículo, velocidad, constitución física del conductor, etc.).

(27) Cfr. TARUFFO, M., *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Giuffrè, Milano, 1992; pág. 95.

(28) TUZET, G., «La prova ragionata», pág. 131.

(29) TARUFFO, M., «Verità e giustizia di transizione», *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 2015; pág. 24.

(30) No en el plano ontológico del tradicional «ens: unum, verum, bonum».

(31) CHAVES GARCÍA, J. R., *Breviario jurisprudencial...*, pág. 43. Que no nos despiste la expresión «verdad *material*», como si esta se emparejara con el «hecho *material*» en sí. En el mundo de la teoría jurídica, la expresión «verdad material», como contradistinta de la «verdad formal», se usa para distinguir la «verdad *tout court*» (libre de limitaciones procesales) y la «verdad procesal» (sujeta a reglas sobre la actividad probatoria, sobre los medios probatorios y sobre el resultado probatorio) (Cfr. FERRER BELTRÁN, J., «La valoración de la prueba: verdad de los enunciados probatorios y justificación de la decisión», ahora en su libro *Motivación y racionalidad de la prueba*, Grijley, Lima, 2016; pág. 187).

(32) Con el fin de no recargar los pies de página multiplicando las citas sin necesidad, advierto que mi discurso se nutrirá de ideas esparcidas entre las páginas 71-97 del libro de TARUFFO, M., *La prova dei fatti giuridici...*



Además, cada fracción de la situación global puede ser descrita de diversas maneras (p. ej. ante la escena de un pájaro encerrado en una habitación y que choca con los cristales de las ventanas cerradas, un psicólogo dirá quizás «el pobrecillo parece asustado», un artista plástico «es muy rico el cromatismo de las alas», un físico «aquí se está transformando energía», etc.); ninguna de esas descripciones es *a priori* más adecuada que las otras, todo depende del contexto.

En el ámbito del proceso, ese contexto específico definirá cuál es la descripción apropiada. Y será la norma jurídica correspondiente a la decisión judicial, la que funcione como criterio para seleccionar cuáles son los aconteceres del mundo real y cuáles de sus aspectos los relevantes. Por consiguiente, el «hecho» no entra en el proceso como un dato absoluto objetivamente determinado *aliunde*, sino como resultado de una «construcción» lingüística y conceptual.

3. Ahora bien, importa advertir que hablar de *descripciones* es reduccionista, ya que las «descripciones» o «determinaciones» de los hechos a menudo no son «descriptivas» en sentido estricto. Puede suceder que un hecho sea identificado, no con exclusiva referencia a las modalidades empíricas que lo definen como acontecimiento material, sino también con coloraciones valorativas referidas al hecho («administración correcta») o mediante cualificaciones jurídicas (o «institucionales») de variada naturaleza. E inevitablemente despunta, en consecuencia, el problema de valorar si, tal o cual elemento probatorio, sirve para probar efectivamente (o no) *algo* de un hecho valorativo o de un hecho institucional, y en qué *grado* lo consigue.

Y consideraciones análogas suscitan aquellas situaciones que responden a las tipologías doctrinales que el lenguaje de las normas propicia (hechos simples/hechos complejos, hechos individuales/hechos colectivos, hechos positivos/hechos negativos, etc.); tipologías que no son el retrato de las propiedades reales de objetos y acontecimientos empíricos sino la diversa manera de hablar sobre ellos que tiene el lenguaje de las normas. Carece de sentido decir p. ej. que un *hecho empírico* es simple o complejo; simple o compleja será la *descripción* que a ese hecho empírico respecta, en función de cuál sea el grado de minuciosidad analítica y precisión de la descripción utilizada, así como de la extensión del «segmento de realidad» que la descripción ha acotado para identificar algo como «hecho».

Y siendo la hipótesis (o *hecho*) la (*el*) que orienta la entera actividad probatoria, lo recién apuntado tiene una honda repercusión sobre el mundo de las pruebas (y la valoración de las mismas). Es decir: ¿se prueba del mismo modo un hecho simple que un hecho complejo, un hecho individual que un hecho colectivo, un hecho positivo que un hecho negativo, etc.? ¿O, por el contrario, cada tipo de hechos demanda una



estrategia probatoria específica, estableciendo el *qué* ha de probarse (el particularizado *hecho* construido), el *cómo* (razonamientos y elementos de prueba a utilizar) y el *cuánto* (o grado de prueba exigible)? (33)

4. No negaré que, en cualquier miscelánea jurisdiccional contenciosa, quepa encontrar un tratamiento diferenciado del itinerario probatorio seguido en función de la diversidad casuística, si bien con el subrayado puesto bajo aspectos atinentes a la distinta asignación de la carga de la prueba o a la aportación de específicos medios de prueba o al variable valor de estos o al uso de las presunciones..., pero dejando fuera de foco a la hipótesis (o *hecho*) a probar; esto es: desatendiendo elaborar una *gramática* específica para cada tipo de *hechos* que permita: a) identificar cuáles son los puntos del *hecho* que demandan prueba, b) programar cuáles las operaciones y elementos idóneos para probarlos, y c) fijar cuál el nivel de suficiencia probatoria (probabilidad prevalente o más allá de toda duda razonable) que el cuadro probatorio resultante ha de alcanzar, para de ese modo concluir si el *hecho* ha quedado probado o no (34) (asunto este último de singular relevancia en el proceso contencioso, puesto que si «el juez administrativo actúa como verdadero juez penal en la revisión del ejercicio del poder sancionador de la Administración» (35), eso conllevaría —pienso— que en esa parcela el criterio de «suficiencia probatoria» habría de ser más exigente que el normalizado para lo restante).

Que la jurisprudencia de lo contencioso (y las otras también) a menudo pierda(n) de perspectiva esta medular referencia (sobre todo si el *hecho* es complejo) para calibrar el valor que atesora el arsenal probatorio aportado, no obedece sin embargo a una veleidad inexplicable. Creo que se hace obligado remitirse a la ya lejana instauración del Jurado en el continente europeo por obra de los revolucionarios franceses puesto que, a día de hoy, aún arrastramos alguna secuela negativa de aquel acontecimiento histórico.

Por supuesto que sobre el criterio de la *intime conviction* (como connotando del sistema de la «libre valoración de las pruebas») —y que del

(33) Sobre esa problemática, esclarecedores son los análisis particularizados de TARUFFO, M., *La prova dei fatti giuridici...*, págs. 97-142.

(34) Véase, a modo de muestra, cómo habría de procederse —siguiendo estos tres pasos— para la prueba del «nexo de causalidad» en un supuesto de responsabilidad médica por daños (con la consiguiente implicación de la responsabilidad patrimonial de la Administración), y más ceñidamente una situación en la que el daño no se atribuye a una *acción* médica sino a una *omisión*, sin la cual el daño se habría evitado, leyendo para ello el análisis que realiza GASCÓN ABELLÁN, M., «Valoración de la prueba y causalidad jurídica», *Ciencia Forense*, 2017, núm. 14; especialmente págs. 85-89.

(35) ORDÓÑEZ SOLIS, D., «La prueba en el contencioso-administrativo vista por un juez», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2010, núm. 3; pág. 449.



Jurado pasó luego a los tribunales profesionales— sí recaerá alguna culpa; ya que, si para declarar probado un hecho basta con la persuasión estrictamente personal del juzgador, este quedará dispensado no solo de detallar el individualizado valor probatorio de cada prueba sino también, y en consecuencia, de desmenuzar el hecho global probado en sus partes componentes. Es decir, el «holismo» del *probans* (como una indiferenciada mezcla de factores que provoca un convencimiento en bloque) se empareja con el «holismo» del *probandum* (la hipótesis como totalidad y no como parcelación de proposiciones en las que aquella se subdivide)(36).

Es verdad que, con el paso del tiempo, asistimos (en cuanto al *probandum*) a una progresiva atemperación de holismo tan extremo mediante la obligatoriedad, impuesta a los juzgadores por la LOPJ, de que en las sentencias debe figurar la relación de los *hechos* tenidos por *probados*; aunque —como destacaba perplejo en fecha cercana el actual Presidente de la Sala 3.º— «la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, ni siquiera exige una declaración expresa de hechos probados» (37). Pero aun superando esas polvorientas reminiscencias del pasado, la enunciación de los hechos probados en la sentencia no garantiza de por sí que el listado ofrecido agote todos los *hechos* que debieron ser objeto de prueba. Para saberlo, sería necesario un mapa en el que figuren todos los enclaves fácticos concernidos.

¿Y qué sucede con el *probans*? En su área se origina un extravío de otra índole (favoreciendo, no obstante, que finalmente emerja el holismo travestido esta vez de «valoración conjunta»). Ahora voy con lo primero, dejando la «valoración conjunta» para más adelante.

II. La inefable «convicción» judicial

La originaria fórmula «íntima convicción» (o algunas análogas, como nuestra «apreciando según su conciencia» de la LECrim) ha(n) ido de-

(36) Para una exposición más amplia sobre las características del «holismo» frente al «atomismo», remito al entero artículo de ACCATINO, D., «Atomismo y holismo en la justificación probatoria», *Isonomía*, 2014, núm. 40.

(37) TOLOSA TRIBIÑO, C., «Prólogo», pág. 34. Y que, curiosamente, viene a refrendar la STS 20/12/2005 cuando dice que: «no es preciso que contengan (las sentencias) una declaración de hechos probados ni que contengan un pronunciamiento expreso sobre todas y cada una de las pruebas practicadas en el proceso, dado que la Sala puede apreciar en conjunto las pruebas practicadas en el proceso y no precisa concretar en qué medio de prueba se ha basado para llegar a la conclusión definitiva que establece, bastando que la sentencia constituya una resolución fundada en derecho razonable y no arbitraria y motivada lógicamente» (cit. en CHAVES GARCÍA, J. R., *La prueba contencioso administrativa...*, págs. 413-414, nota 602).



jando su sitio a otras menos agrestes e indómitas, como «convicción judicial», aunque sustancialmente de similar ralea.

Introduce, sin duda, algo de morigeración aludir —según es hoy frecuente— a la «*formación* de la convicción judicial», expresión que sin embargo solo suele servir para descartar una «convicción» inopinada o suspendida en un total vacío probatorio (38). Ahora bien, una cosa es *con qué* se forma la convicción y otra distinta *cómo* se forma la convicción. Y esto segundo (y capital) es lo que habitualmente se elude; o, eventualmente, se despacha dándole una salida pretextuosa (al amparo p. ej. de la *investidura e independencia* del juez (39)).

1. Habitual y generalizadamente (o sea, no solo en el entorno de lo contencioso (40) sino también en los demás (41)) se sostiene que la finalidad perseguida por las partes, cuando diseñan su plan probatorio y aportan las pruebas, es convencer al juzgador de que las cosas ocurrieron de un cierto modo. Y de ahí suele pasarse a concluir que una hipótesis está probada si el juzgador tuvo la convicción de que es verdadera. Afirmación, por tanto, que establece una relación *conceptual* (no solo contingente) entre la prueba de la hipótesis y la convicción del juz-

(38) Como ya alertara, en su momento, el propio TC advirtiendo que: «Prueba en conciencia, íntima convicción, quiere decir, por supuesto, libertad de apreciación de la prueba, pero *en manera alguna prescindiendo de la prueba*» (STC 55/1982) (cursivas mías). Me parece que en esta misma dirección apunta lo siguiente: «Con arreglo al coeficiente de elasticidad de la prueba no es necesario una concreta tasa de prueba. Para la convicción del juzgador puede ser suficiente cualquiera de los medios de prueba, o las presunciones» STS, Civil, 30/05/2011 (cit. en CHAVES GARCÍA, J. R., *Breviario jurisprudencial...*, pág. 394).

(39) Como en este florido fragmento: «La verdad, al hilo de la argumentación jurídica, es zarandeada, retorcida, matizada y servida para plantar sobre el tapete judicial el problema litigioso en toda su extensión y dimensiones. Aquí brota la cuestión esencial: ¿en quién ha depositado el Ordenamiento Jurídico el papel casi mágico de declarar lo probado y con ello «lo verdadero»? No en un hombre bueno, ni en un hombre religioso, ni en un caudillo social, ni un hombre de gobierno, como en tiempos ya lejanos, sino en un juez, formalmente investido como tal y materialmente dotado de independencia real (...) Bajos tales condiciones de independencia, y consiguientemente legitimidad de criterio, puede el juez contencioso abordar la difícil tarea de esclarecimiento de la verdad». (CHAVES GARCÍA, J. R., *Breviario jurisprudencial...*, págs. 47-48).

(40) «(...) si la prueba es una actividad de las partes destinadas a lograr el convencimiento del juzgador respecto de los hechos afirmados e introducidos en el proceso, (...) a través de la valoración el juez obtiene la convicción psicológica sobre la existencia o inexistencia de los datos aportados al proceso» (NOYA FERREIRO, M.^º L., «La valoración de la prueba», en GONZÁLEZ CANO, M.^º I. (dir.) y ROMERO PRADAS, M.^º I. (coord.), *La prueba Tomo III. La prueba en el proceso contencioso-administrativo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017; pág. 179).

(41) Por ejemplo, en lo que respecta al proceso penal: «(...) la prueba puede definirse como la actividad procesal de las partes (de demostración) y del juez (de verificación), por la que se pretende lograr el convencimiento psicológico del juzgador acerca de los datos allegados al proceso» (BARONA VILLAR, S., «Objeto de la prueba y principios esenciales de la actividad probatoria», en GONZÁLEZ CANO, M.^º I. (dir.) y ROMERO PRADAS, M.^º I. (coord.) (coord.), *La prueba Tomo II. La prueba en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017; pág. 77).



gador (42). Es decir: la convicción es la que hace que una hipótesis esté probada. Idea equivocada, no obstante.

Para empezar, es una tesis inaudita en cualquier sector del conocimiento racional, como se condensa en la proclama popperiana de: «por intenso que sea un sentimiento de convicción, nunca podrá justificar un enunciado» (43). ¿Y por qué no?

Porque el *tener una convicción* es algo que a uno(a) *le pasa*, no algo que uno(a) *decide*. *Tener una convicción* es involuntario. Y puesto que «solo los actos voluntarios admiten justificación», el hecho de estar convencido «no es justificable en sí mismo»; de suerte que —así las cosas— «no hay posibilidades de justificar (...) la valoración de la prueba realizada por el juez» si esa se basa en la mera convicción (44). De ahí que el valor idolátrico concedido a la «convicción» haga comprensible que el *Code d'instruction criminelle* de 1808 prescindiera de cualquier referencia a la argumentación necesaria para dar cuenta del recorrido lógico que va de la prueba al hecho probado, por la sencilla razón de que era imposible representar de manera inteligible la formación del convencimiento.

2. Pasados los momentos aurales de la *intime conviction*, se fue introduciendo la prescripción legal de que la valoración de las pruebas debía también ser motivada, sin renunciar al sistema de la «libre valoración de las pruebas». ¿Una contradicción?

En estos nuevos tiempos, parece que no. Es más, parece que ambas (valoración y motivación) van cogidas de la mano, a juzgar por lo que constata el propio Presidente de la Sala 3.^a cuando escribe: «junto con la importancia de la motivación, cada día adquiere mayor importancia la indagación acerca de los hechos que sirven de soporte al litigio» (45). Así es. Resta por ver, sin embargo, cuál es el encaje de esa pareja.

A) ¿Queda menoscabada la «libre valoración»? En principio, no tiene por qué. En efecto, existe una versión racionalista de la «libre valoración» en la que la convicción del juez se concibe como la meta alcanzada tras un recorrido racional y argumentativo, atribuyendo a la «motivación» la función de *exteriorizar* el proceso mental seguido por el juzgador. Aquí la «libre valoración» aludiría a una especie de *epistemología interior* (con

(42) Como críticamente señala FERRER BELTRÁN, J., *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2021; págs. 174-175.

(43) POPPER, K.R., *La lógica de la investigación científica* (trad.), Tecnos, Madrid, 1962; pág. 45.

(44) FERRER BELTRAN, J., *Prueba sin convicción...*, págs. 178-179.

(45) TOLOSA TRIBIÑO, C., «Prólogo», pág. 33.



personales reglas de conocimiento y estándares de valoración) que varía de juez a juez. Ante un mismo *stock* de pruebas, un juez las puede valorar como suficientes y otro no (46).

Y la motivación se ceñiría a *expresar* verbalmente (de forma oral o escrita) el itinerario mental seguido por quien decide.

B) Pero, en una sociedad democrática, no hay lugar para una epistemología privada del juez frente a una *epistemología pública*. Y ahí explota el conflicto entre la «libre valoración» (entendida como la conducente al convencimiento del juez) y «motivación». El «libre convencimiento» exalta la *individualidad* del juez, mientras que la «motivación» está orientada a la *colectividad* que rodea al juez y al proceso. El «libre convencimiento» legitima un conocimiento *solipsista*; en tanto que «motivar» implica —antes que la exteriorización del conocimiento— un saber *compartido* o *compartible*. El «libre convencimiento» gira en torno a la *libertad* del juez de *autoconvencerse*; la «motivación» en torno a la *obligación* del juez de ser *convinciente* (47).

La diferencia entre ambas «epistemologías» («interior» y «pública») se refleja luego en un distinto concepto de «motivación». La primera centra su atención en el *juez* (marcándose como objetivo describir el itinerario decisional recorrido por aquél); la segunda pone el foco sobre la *decisión* en sí misma (con objeto de argumentar por qué esa y no otra es la correcta).

Tratándose de una actividad *institucional* (pública, por tanto), como es la jurisdicción, asumo que la motivación no está para que el juez *explique* por qué ha tomado él esa *decisión* sino para que *justifique* por qué es *justa* la decisión tomada. O sea, la motivación no tiene por objetivo *exteriorizar* ante los destinatarios de la sentencia los personales *motivos* del decisor (para conocimiento de aquéllos) sino el de obligar al juez a *justificar* ante aquéllos la decisión adoptada con *razones* válidas para los concernidos (partes, tribunales revisores, ciudadanía).

C) La que he denominado *epistemología pública* (48) se nutre de dos filones: uno *legal* (o de específica cultura jurídica) y el otro genéricamente *cultural* (o de cultura extrajurídica).

a) *¿Legal?* En multitud de ocasiones hemos oído y leído que la «libre valoración de las pruebas» implica que el juez está libre de ataduras le-

(46) IACOVIELLO, F.M., «Motivazione della sentenza penale (controllo della)», *Enciclopedia del diritto. Aggiornamento IV*, Milano, 2000; pág. 762.

(47) IACOVIELLO, F.M., «Motivazione della sentenza penale...», pág. 763.

(48) Y no «epistemología de la ley» (al estilo de IACOVIELLO, F.M., «Motivazione della sentenza penale...», pág. 763). Enseguida se verá el por qué.



gales. Y desde luego es lo que se avista si consideramos que el sistema de la «libre valoración» surge históricamente como reacción contra el sistema de la «prueba legal» o tasada. Pues bien, ahí se esconde el cogollo de un traicionero malentendido.

Pues sí, también existe un «método legal» de valoración (49). No confundamos «prueba legal» (aquella cuya *fuera* probatoria está predeterminada por la ley) y «método legal de valoración» (que es el *método* a seguir en la valoración de la prueba). El juez es libre de valorar las pruebas, pero debe hacerlo respetando el método legal.

Como el método legal no suele estar expresa y formalmente delimitado del todo en los códigos procesales, es necesario mostrar cómo lo construye la ley operando a tres niveles: i) fijando *reglas de uso* del material probatorio (entre otras, p. ej. «la existencia de un hecho no puede ser deducida de indicios a menos que estos sean graves, precisos y concordantes» —art. 192.2 *Codice di procedura penale*—); ii) prescribiendo *reglas para decidir* (entre otras, p. ej. fijando el estándar de prueba para decidir en un sentido o en otro); iii) estableciendo un *procedimiento lógico* de decisión (entre otras operaciones, p. ej. obligando a valorar las pruebas primero individualmente y después en conjunto).

b) La valoración de las pruebas comprende además ocupaciones distintas a las marcadas por el «método legal»; son las *enmarcadas* por este: o sea, los espacios de «libertad» que quedan en el legítimo fuero del juez. «Libertad» en el sentido de *discrecionalidad*: libertad de ataduras legales, pero sujeta a criterios racionales, que son los que la *cultura* de cada momento histórico identifica como tales; que bien podían ser las denominadas como «reglas de la *sana crítica*», si esta fuera entendida debidamente; lo cual no sucede casi nunca (volveré sobre ello más adelante en un apartado autónomo).

3. Salvo recaídas ocasionales en el modelo de la «íntima convicción», la postura dominante en nuestra jurisdicción contenciosa, en lo atinente a cómo concebir la «convicción judicial», se alinea decididamente en las filas de la que —como indiqué— alguien convino en llamar «epistemología interior». La cual, según apunté, obliga al juez a seguir sí un procedimiento discursivo que desemboque coherentemente en su convencimiento, pero dejando en sus manos la utilización de conocimientos y pasos inferenciales que mejor cuadren con su personal manera de apreciar las cosas (50).

(49) En lo que sigue, resumiré a IACOVIELLO, F.M., «Motivazione della sentenza penale...», págs. 764-766.

(50) Más o menos, esto: «Esa amplísima libertad de argumentación del juez en la práctica diaria se ampara en ese paraguas de las ocurrencias judiciales que es la independencia judicial. El juez se



No se detecta ni la más mínima conciencia de que, en una sociedad democrática, el juez debe *rendir cuentas*(51) de la valoración efectuada (que no es un simple *hacer saber* de cuáles han sido *sus* motivos para haber valorado así(52)); ni, derivadamente, tampoco la vislumbre de la necesidad de valorar pisando suelo firme bajo dos premisas: primera, apurando hasta el fondo las indicaciones legales —obligatorias, por tanto— sobre el *método* a seguir; y, después, ajustándose a pautas positivas de racionalidad, dimanantes de una *cultura crítica* compatible en ese momento histórico (y que no son las reglas de la sana crítica, usualmente interpretadas —en negativo— como rayas rojas para no incurrir en el disparate(53)).

III. Una borrosa e incontrolable «valoración conjunta»

Un modélico y culto magistrado —especialista de lo contencioso(y muy citado aquí)— escribía: «A la hora de valorar la prueba, el juez contencioso-administrativo maneja dos grandes herramientas argumentales de determinación de la materia probatoria, que son, de un lado, la llamada “sana crítica”, y del otro lado, la “valoración conjunta” de la prueba, técnicas no solo compatibles sino complementarias, ya que frecuentemente el tribunal valorará cada prueba según las reglas de la sana crítica y en conjunto con los restantes medios probatorios» (54).

siente investido de una especie de ciencia infusa que le permite explicar libremente su criterio, con la estructura, expresiones e inferencias lógicas que se le ocurran» (CHAVES GARCÍA, J. R., *Cómo piensa un juez...*, pág. 279).

(51) Como corresponde además a una cultura, como la occidental moderna, que ha escogido como fundamento propio el principio de racionalidad (*redde rationem*), en oposición al criterio de mera autoridad (*ipse dixit*) (CARLIZZI, G., «Iudex peritus peritorum. Un contributo alla teoria della prova specialistica», *Diritto penale contemporaneo*, 2017, núm. 2; pág. 43).

(52) Hago esta precisión visto lo que se afirma en la STS 22/01/2014, al indicar que el Tribunal Constitucional (STC 75/2007) reputa suficiente que «las resoluciones judiciales vengan apoyadas en razones que permitan *conocer* cuáles han sido los criterios esenciales fundamentadores de la decisión» (énfasis mío) (*cit.* en CHAVES GARCÍA, J. R., *Breviario jurisprudencial...*, págs. 471-472). Y en fecha más reciente, al resolver un recurso por falta de motivación, la propia Sala 3.ª reiteraba: «No hay que olvidar que el Consejo del Poder Judicial sí dio una motivación de su preferencia por el candidato finalmente propuesto»; por ello «independientemente de que se comparta o no esta motivación, lo cierto es que tal motivación existió» (STS 420/2017).

(53) Pues no otra cosa cabe esperar de la «sana crítica» si es esta la que se basa «en la evidencia de algo incuestionable que deriva de las reglas lógicas (p. ej. el todo es mayor que la parte), máximas de experiencia (p. ej. el fuego quema) o principios científicos vigentes (p. ej. la ley de la gravedad en cuanto a la dirección de caída en un objeto)» (CHAVES GARCÍA, J. R., *Breviario jurisprudencial...*, pág. 469).

(54) CHAVES GARCÍA, J. R., *La prueba contencioso-administrativa...*, págs. 390-391.



Fragmento cuya lectura despierta, ya de entrada, el barrunto de cuán imprescindibles se hacen todavía algunas aclaraciones en terreno que tenemos por muy trillado.

En efecto, es un error contradistinguir «sana crítica» y «valoración conjunta» por mucho que —a renglón seguido— se reconozca su complementariedad, puesto que una y otra operan en registros diferentes. Por un lado, «valoración conjunta» se contrapone a «valoración individualizada» y responde a la cuestión de conforme a qué *modalidad* se valora (si los elementos de prueba tomados como un *todo* y de una vez, o si tomándolos *uno por uno* cada vez). Por el otro, «reglas de la sana crítica» se opone a «sin reglas» (55) y responde a la cuestión de cuál es el *régimen* que rige en la valoración de las pruebas (si respetuoso de los límites marcados por la racionalidad o sin limitaciones de ese género).

En suma, cuestiones *conceptualmente* disociadas la una de la otra. Lo cual nos sitúa ante dos clases de opciones. Una clase de opciones relativa a la *modalidad* de valoración (habiendo que optar por la individualizada o por la conjunta o por la combinación de ambas). Otra clase de opciones referida al *régimen* de valoración (teniéndose que elegir entre «siempre con reglas» o «siempre sin reglas» o eventualmente «con reglas para la una y sin reglas para la otra» si se tratara de una valoración combinada).

La presencia de ambas clases de opciones se visualiza meridianamente en el art. 218.2 LEC donde se alude a los distintos elementos fácticos «considerados *individualmente* y *en conjunto*, ajustándose *siempre* a las *reglas* de la lógica y de la razón» (cursivas mías). Esto es: *modalidad* de valoración combinada, por un lado; y *régimen* de reglas de sana crítica siempre (o sea, para las dos valoraciones: individualizada y conjunta) por el otro. (Por si aún aleteara alguna duda: también la valoración conjunta está sujeta a la sana crítica).

Por consiguiente, crea un falso problema (y confunde) hasta siquiera el mero preguntarse por la incompatibilidad o compatibilidad entre la «valoración conjunta» y la «sana crítica», según hacía el autor del párrafo transcrito al inicio. No así, en cambio, debatir sobre la relación (de antagonismo o de colaboración) entre «valoración individualizada» y «valoración conjunta», puesto que ambas se sitúan en un mismo plano. A ello destinaré, por tanto, lo que a continuación sigue.

(55) Al estilo de lo que, en su día, afirmara la Sala 2.^a: «el juzgador, a la hora de apreciar las pruebas practicadas, las alegaciones de las partes y las declaraciones o manifestaciones del acusado, lo hará no ya sin reminiscencia de valoración tasada o predeterminada por la Ley, o siguiendo las reglas de la sana crítica, o de manera simplemente lógica o racional, sino de un modo tan libérrimo y omnímodo que no tiene más freno a su soberana facultad valorativa que el proceder al análisis y a la consecutiva ponderación con arreglo a su propia conciencia, a los dictados de su razón analítica y a una intención que se presume siempre recta e imparcial» (STS 10/02/1978).



1. Vaya por delante que, a estas alturas, se torna extemporáneo el recordatorio de la Sala 3.^a cuando acentúa el dato de que «es consolidada la jurisprudencia que afirma la validez de la valoración conjunta de los medios de prueba» (STS 31/01/2019(56)); puesto que, casi veinte años antes, había sido el propio Legislador de la LEC quien —no solo reconocía la *validez* de la valoración conjunta— sino que incluso imponía su *obligatoriedad*(57).

Con la vista centrada ya en la «valoración conjunta», observamos que tanto la jurisprudencia como la doctrina acostumbran a zambullirse, sin preámbulos, en el cuestionamiento de si aquella es *alternativa* o bien *complementaria* respecto de la «valoración individualizada»; dando así por sobrentendido lo que sin embargo no se ha entendido, es decir: en qué consisten *una* (la «individualizada») y *otra* (la «conjunta»). Pregunta que no debe obviarse.

En efecto, suele pensarse que en una y otra se valora *lo* mismo (las pruebas aportadas en el proceso) y *para* lo mismo (tener por probado o no un hecho); solo difieren entre sí en el respectivo *procedimiento* utilizado. Ahora bien, si esto fuera cierto, se abriría la puerta a una batería de interrogantes(58) sin respuesta satisfactoria, perpetuándose el actual desacuerdo entre quienes defienden que se trata de dos valoraciones *alternativas* y quienes abogan por su mutua *complementariedad*. Discrepancia que, no obstante, puede disolverse si se desvela el error latente ya en el propio planteamiento del problema. Esto es: que la valoración «individualizada» y la valoración «conjunta» no comparten ni el mismo punto de salida ni la misma meta de llegada. Una y otra valoran *objetos* diferentes y apuntan a *objetivos* también diferentes. Para mostrar el fundamento de diferencia tan rotunda se hace ineludible consultar la actual teoría jurídica.

2. La cual nos enseña, para empezar, que el vocablo «prueba» puede adoptar cuatro significados distintos que, a su vez, denotan cuatro realidades diferentes; a saber: como *fuentes* (de prueba), como *medios* (de prueba), como *elementos* (de prueba) y como *resultados* (de prueba)(59).

(56) *Cit.* CHAVES GARCÍA, J. R., *Breviario jurisprudencial...*, pág. 460.

(57) *Cfr.* GONZÁLEZ GRANDA, P., «La valoración de la prueba», en GONZÁLEZ CANO, M.^a I. (dir.) y ROMERO PRADAS, M.^a I. (coord.), *La prueba Tomo I. La prueba en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia; págs. 162-163.

(58) Que omito indicar para no tentar la paciencia de quien esto lea.

(59) *Cfr.* Entre otros, p. ej. el libro del magistrado de la Audiencia barcelonesa RAMÍREZ ORTIZ, J.L., *Perspectiva de género, prueba y proceso penal. Una reflexión crítica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019; págs. 125-127.



El procedimiento probatorio se inicia con la admisión de la *fuerza* de prueba; en ese contexto, por «prueba» suele entenderse todo cuanto es idóneo (personas, documentos, objetos, informes) para aportar una información relativa a los hechos de la causa (p. ej. un testigo presencial de una grave infracción de tráfico). A continuación se pasa a la producción del *medio* de prueba en el juicio (p. ej. la correspondiente declaración testifical); en este sentido, por «prueba» se entiende el instrumento mediante el que puede obtenerse una información servible para la decisión sobre los hechos de la causa. Después, del medio de prueba se extrae el *elemento* de prueba (p. ej. que el testigo vio un coche rojo de matrícula tal circular en sentido contrario al establecido); en ese caso, la palabra «prueba» se refiere a la información precisa utilizable para dar por probado un hecho. Finalmente, a la vista de la información aportada, tocará determinar qué se consigue exactamente con ella, cuál es el *resultado* de esa prueba (p. ej. escuetamente queda probado, fuera de toda duda —supongamos—, que el coche rojo de matrícula tal circulaba en dirección inversa a la prescrita; nada respecto de la identidad de su conductor ni de la velocidad a la que circulaba); en esa perspectiva, podrá hablarse de «prueba» si de verdad se ha logrado probar algo (delimitando el *qué* se ha probado y ponderando con cuánta *fuerza* se ha probado —es decir, si el elemento de prueba ha sido suficiente por sí mismo o necesitaba la colaboración de otro elemento—).

A) Dicho esto, toca preguntar: ¿cuál es el *objeto* de la valoración «individualizada»? Respuesta: lo que se ha denominado como *elemento* de prueba (si bien no se excluye que también la *fuerza* de prueba requiera ser valorada en aras p. ej. de calibrar la sinceridad del declarante o la autenticidad del documento o la debida recogida y custodia de una muestra genética). Esto es: la valoración individualizada se refiere centralmente al dato cognitivo que se aporta en el proceso; porque sin esa información (sin ese *elemento* de prueba) que vehicula un determinado medio proporcionado por una fuente, no se sabe siquiera si algo es prueba ni de qué hecho es prueba.

Y ¿cuál es el *objetivo* de la valoración «individualizada»? El objetivo último reside en lo que antes se ha llamado *resultado* de prueba. Digo «último» porque también existe un objetivo intermedio.

No por nada se ha puntualizado oportunamente que «toda prueba, antes de probar, debe ser probada» (60); quíerese decir con ello que a nada sensato conduce ponerse a valorar a qué *resultado* lleva tal *elemento* de

(60) IACOVIELLO, F.M., *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, Giuffrè, Milano, 1997; pág. 166.



prueba sin antes haber valorado la *fiabilidad* de este. Un *elemento* sin garantías de nada sirve.

La valoración «individualizada» apunta, por tanto, a un *objetivo*, pero en dos tiempos: primero, testar la *fiabilidad* de cada elemento de prueba; y segundo, establecer el *resultado* probatorio que genera aquel elemento.

B) Ahora hagamos lo propio con la valoración conjunta preguntando: ¿cuál es el *objeto* sobre el que se proyecta la valoración «conjunta»? Todos los *resultados* de prueba proporcionados por la valoración «individualizada» antes descrita. La meta de llegada de esta se ha transformado en el punto de salida de aquella (la valoración «conjunta»); y sobre esta base, la valoración «conjunta» pondrá en *relación* los individuales *resultados* de prueba entre sí

¿Y con qué *objetivo*? La valoración «conjunta» tiene en perspectiva probar una *hipótesis* (o hecho) en su integridad (con todas sus sub-hipótesis). Será la hipótesis la que teledirija cómo componer esa *red de relaciones* entre los individualizados resultados de prueba, a imagen de un crucigrama donde los distintos resultados de prueba valen o no en función de cómo se entrecruzan recíprocamente unos con otros hasta completar un relato explicativo coherente con la hipótesis a probar (61).

Todo ello en el bien entendido de que, en entramado así reconstruido, habrán de ser discernibles tanto los individuales resultados de prueba cuanto las conexiones que los articulan entre sí; como un *conjunto* (en el que los diversos elementos están juntos y coordinados, pero siguen siendo distinguibles) y no como una *fusión* (al estilo de un puré donde ya todo es indistinto sin remisión). De lo contrario, sería imposible su control; arrastrando consigo la indefensión de quien pretendiera recurrir la valoración efectuada por el juzgador.

3. Prácticamente ninguna de estas bases teóricas, asentadas ya en la moderna cultura probatoria, encuentran hueco en el ideario de la Sala 3.^a (62); y no porque esta las repunte peores que las suyas (más bien porque las desconoce, creo). Escaleras abajo, en órganos de niveles inferiores, no se subsana sustancialmente tan desnutrida condición cultural, debido al hábito que hay de acomodarse a los dictados del piso superior.

(61) Cfr. HAACK, S., *Legalizzare l'epistemologia. Prova, probabilità e causa nel diritto* (trad.), EGEA S.p. A., Milano, 2015; págs. 19-21.

(62) En cuanto *órgano* judicial; sin que eso sea predicable de cada uno de sus magistrados (p. ej. de los dos que suscribieron un voto particular a la STS 737/2020), ni de todos por igual.



Tradicionalmente, la «valoración conjunta» ha venido funcionando en la jurisdicción como «una cláusula de estilo, una fórmula ritual tras de la que se ocultaba un uso incondicionado del arbitrio valorativo», sirviendo de «vía de escape para eludir las dificultades de tratamiento de un cuadro probatorio complejo y decidir cómoda y, con toda probabilidad, intuitivamente» (63).

Aún, a día de hoy, se nos pone sobre aviso del riesgo existente de que con «la valoración en conjunto de las pruebas se prescinda de la apreciación y motivación de cada una de ellas», de «excluir la necesidad de razonar y motivar suficientemente el juicio de hecho de la sentencia» y de negar «la posibilidad de control de la valoración a través de los recursos» (64).

Diré más. Incluso la propia Sala 3.^a, pocos años atrás, se apuntaba el tanto de haber instado a la vigilancia sobre el uso pernicioso de la valoración conjunta, recordando que «esta Sala tiene declarado que una “valoración en conjunto” de la prueba practicada, puede constituir una práctica viciosa generadora de indefensión y que deja la sentencia sin una motivación suficiente»; si bien agregaba de seguido que, pese a ello, «no cabe satanizar la valoración conjunta de la prueba, exponente del principio de libre valoración de la misma, cuando no resulta arbitraria, ilógica, contraria a derecho y no provoca indefensión» (STS 334/2010). Habrá que verificar, no obstante, si tal *declaración* de principios, transcurrido el tiempo hasta la fecha, ha cristalizado de veras en la configuración doctrinal de la «valoración conjunta» a la que se propendía o, al contrario, ha quedado en mera *declamación* de principios.

Me inclino por esto último; particularmente por el persistente enlace de la «valoración conjunta» con la indefensión.

A) Porque indefenso dejó al demandante la STS 737/2020, y curiosamente en nombre de la «valoración conjunta» (65); como pasa casi siempre que se recurre algún nombramiento discrecional del CGPJ. Parece que, en esa materia, la Sala siente una fijación por la «valoración conjunta», viéndola hasta donde esta no aparece por ningún lado. Es el caso.

(63) ANDRÉS IBÁÑEZ, P., «La argumentación probatoria y su expresión en la sentencia», en VV.AA., *Lenguaje forense, (Estudios de Derecho Judicial)*, CGPJ, 2000, vol. 32; pág. 18.

(64) ROMERO PRADAS, M.^a I., «La valoración de la prueba», en GONZÁLEZ CANO, M.^a I. (dir.) y ROMERO PRADAS, M.^a I. (coord.), *La prueba Tomo IV. La prueba en el proceso laboral*, Tirant, Valencia, 2017; págs. 264-265.

(65) Resolución del TS a cuyo análisis dediqué el artículo «¿A quién afecta el descrédito, sobre todo?», *Revista Vasca de Administración Pública*, 2020, núm. 118.



El CGPJ, en el Acuerdo concernido, tras una amplia y jaleada relación de los méritos que adornaban el historial del candidato nombrado y afirmando «reconocer la indudable valía y cualificación de todos los candidatos» (aunque sin mencionar ninguno de los méritos de estos), subrayaba luego (en alusión al capítulo de los méritos complementarios) que «Don X reúne al mismo tiempo una *serie de méritos* que, si bien otros candidatos parecen acreditar aisladamente, no concurren *conjuntamente* en ningún otro, resultando en consecuencia, como el más idóneo y destacando para el desempeño de la plaza convocada» (cursivas mías). Y el Acuerdo desgranaba, poco después, cuáles eran esos méritos que únicamente el candidato elegido atesoraba (estos en concreto: los relativos a sus años como Director del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo y los de Letrado en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, así como los conocimientos y experiencias que pudo adquirir en el ejercicio de ambas tareas).

Y de la lectura de tales pasajes del Acuerdo, la Sala extraía sorprendentemente la conclusión de que el Consejo «pone de manifiesto en *forma extensa y detallada* el alto grado de excelencia que concurre en el candidato que, en una *valoración conjunta*, determinó el nombramiento». ¿Dónde está la susodicha «valoración conjunta»?

Avanzando una conjetura, quizás al Tribunal le desorientó el adverbio «conjuntamente» que se localiza en el Acuerdo del CGPJ. Ahora bien, si afinamos la vista, ese «conjuntamente» iba referido a los *méritos* (que «no concurren *conjuntamente* en ningún otro» aparte del candidato preferido) y no a la *valoración* de los méritos. Sin embargo, en la expresión «valoración conjunta», el adjetivo «conjunta» califica a la *valoración* y no a los *méritos*; de manera que el *conjunto de los méritos* que aporta un candidato (o sea: la «*serie* de sus méritos») bien pueden ser *valorados* tanto *individualmente* (es decir: uno por uno) como *en conjunto*. Y, precisamente así, lo que en el Acuerdo del Consejo figuraba era: la *valoración individualizada* del *conjunto de méritos* que constaban en el currículum del proclamado ganador.

Resulta, entonces, que mi conjetura ha resultado fallida, ya que el error del Tribunal no es atribuible a una atropellada lectura del Acuerdo. En efecto, el propio Tribunal destacaba que, en el Acuerdo del Consejo, los méritos del candidato «se enumeran en forma *prolija y separada*» (FD 5.º, cursivas mías). Se me escapa qué pudo suceder para que, lo considerado en un párrafo como enumeración «prolija y separada», en el párrafo contiguo (apenas tras el respiro de un punto y aparte) se transmutara en una sorpresiva «*valoración conjunta* que determinó el nombramiento». ¿En qué quedamos? ¡Una cosa o la otra!

¿Cómo explicar que el Tribunal tomara por «valoración conjunta» a su antitética «valoración individualizada»? ¿Acaso ignoraba el Tribu-



nal cuál es el rasgo distintivo más elemental que define a la «valoración conjunta»?

B) Lo cierto es que maximizar el espacio de la «valoración conjunta» (con razón o contra ella) se revela muy rentable, no para los recurrentes sino para las autoridades (administrativas y judiciales) que valoran y deciden. ¿Cómo?

En la ya referida STS 737/2020 se postulaba que la «*valoración conjunta* que determinó el nombramiento» «entra en el margen de *valoración discrecional* del Consejo», dando a entender que aquella es consustancial a los nombramientos discrecionales. Idea que, expresada así, omite no pocas cosas.

Esquiva (o da por resueltas) cuestiones que, sin embargo, todavía aguardan una respuesta (clara) del TS. Por ejemplo, esta: si es únicamente la «valoración conjunta» la que entronca con la «valoración discrecional» o si eso vale también de la «valoración individualizada». Lo pregunto porque a menudo suele vincularse en exclusiva la «valoración individualizada» a un concurso reglado de méritos (obvia antítesis de los nombramientos discrecionales) y no tiene por qué ser así. Existe un concurso «reglado» (lo mismo que una valoración «tasada») cuando el valor de cada elemento (o de cada medio de prueba) ya viene prefijado; en cambio, cuando queda en manos de quien decide asignar tal valor a un mérito (o apreciar la fuerza probatoria de un medio de prueba) se trata de una actividad discrecional. Por tanto, también la «valoración individualizada» puede congeniar con la valoración discrecional. ¿Es o no de esa opinión la Sala 3.^a? Si no, ¿por qué no? Y si la comparte: ¿son *alternativas* o *complementarias* ambas modalidades de valoración (individualizada y conjunta)? Si *alternativas*, y desembocan en resultados diferentes una y otra, ¿hay algún criterio racional para saber por cuál de ellas optar preservando de ese modo la imparcialidad de la decisión? Si son *complementarias*, ¿cómo se complementan recíprocamente? ¿La discrecionalidad de la valoración individualizada condiciona o no —limitándola— la discrecionalidad de la valoración conjunta? Etcétera. Ramillete de cuestiones para las que en vano será buscar respuesta sistematizada en la jurisprudencia de la Sala.

C) La exaltada *discrecionalidad* de la «valoración conjunta» depara, además y por encima de todo, una consecuencia imprevista. La discrecionalidad (que la Sala deja sin definir, dicho sea de paso) no se ciñe a legitimar la *libertad* del órgano decisor para decidir si practica o no una «valoración conjunta»; se extiende incluso al *modo* de valorar conjuntamente. Es decir, la autoridad no está sujeta a seguir un *método* en la «valoración



conjunta» (66); a su imprecisa *discrecionalidad* se encarga cómo proceder en cada situación.

Es la única explicación que encuentro. Porque ¿alguien ha visto, por ventura, una sentencia de la Sala en la que se ofrezca alguna orientación doctrinal acerca de cómo debe actuarse para llevar a efecto una «valoración conjunta»? ¿Alguna vez ha cuidado la Sala de advertir que la *modalidad* de la «valoración conjunta» se *modula* diversamente según se trate, por ejemplo, en el proceso, de probar un hecho controvertido o, en un nombramiento discrecional, de elegir entre varios candidatos idóneos? ¿Quién ha tenido la fortuna de encontrar siquiera una sentencia, anulatoria de una resolución previa, aduciendo una incorrecta ejecución de la «valoración conjunta»? *E così via*.

Para obtener lo que parece buscarse —tener las manos cuanto más libres mejor—, la indefinición es una insuperable aliada; obstaculiza un control eficaz y evita que los recursos prosperen.

D) A la legua se visualiza la réplica a lo que digo: ¿para qué está la motivación sino justamente para impedir la arbitrariedad y la indefensión? Y, en lo que aquí respecta, coadyuvaría añadir que «como se ha señalado por la doctrina procesalista, la apreciación conjunta de la prueba no puede excluir la necesidad de la motivación impuesta constitucionalmente» (67).

Ahora bien, todo queda a merced de acordar cuáles hayan de ser los requisitos a cumplir por la susodicha «motivación».

La «motivación» mantiene ligámenes específicos con las, a su vez, específicas valoraciones que toque motivar; lo que no obsta a que haya una estructura básica de la «motivación» que, en cualquiera de los casos, es de obligada observancia (luego se verá).

De entrada, desde un punto de vista lógico, la «valoración» es un discurso (a la manera de un silogismo) que desemboca en una *conclusión* (que es el *resultado* de la valoración) y unas *premisas* que la fundamentan. Enunciar el «resultado» no es de por sí motivación sino lo que necesita ser motivado; la motivación reside en las «premisas» porque son las que —de primeras— fundamentan el resultado (aunque muchas veces

(66) Para ilustrar la subjetividad que entraña la valoración conjunta, como algo enteramente natural, se ha recurrido a esta imagen culinaria: «La valoración conjunta suele intentar combatirse por el perjudicado, intentando primar una u otra prueba, olvidando que es tanto como intentar demostrar a un comensal que una paella tiene que resultarle más sabrosa porque el arroz o las gambas son de determinada calidad, cuando quien la juzga lo hará de *forma subjetiva* según el conjunto del plato, y podrá ser decisivo uno u otro ingrediente, pero nunca necesariamente el que le indique otra persona» (CHAVES GARCÍA, J. R., *Breviario jurisprudencial...*, pág. 460, cursivas mías).

(67) NOYA FERREIRO, M.^a L., «La valoración de la prueba», pág. 205.



ellas mismas necesitarán ser fundamentadas (68)). Por lo que, una resolución que únicamente refleje el «resultado» de una valoración no está motivada. Y eso vale, obviamente, también para la «valoración conjunta» (de la que, en los acuerdos y las sentencias, por desgracia solo suele ofrecerse el «resultado»).

Ahora bien, en la literatura jurisprudencial (y en la doctrinal, aunque no tanto) parece darse a entender —con frecuencia— que el «resultado» de una valoración conjunta se fundamenta en la *impresión*. Si de verdad así sucediera, se estaría reproduciendo una situación análoga a la de la «convicción»; es decir: también tener una impresión o la contraria es algo involuntario, no sirve por tanto de fundamento racional. Normal, entonces, que no haya motivación (por evidente imposibilidad).

Hay, no obstante, algún modo menos hirsuto de escamotear la motivación o de hacerla inoperante. Consiste en envolverla con el manto de la «discrecionalidad». Esto es: a una *valoración discrecional* le corresponde una *motivación discrecional*. Porque, de lo contrario, implicaría un contrasentido que haya de sujetarse a *reglas* la fundamentación (motivación) de algo (la valoración conjunta) que *no* está *reglado*. De ahí que a una autoridad investida de un poder *discrecional* deba reconocérsele la facultad de motivar *discrecionalmente* el ejercicio de aquél. Basta con que, como mucho, ofrezca *sus* razones.

Pero las tiene que *ofrecer* y no valen *cualesquiera* razones, cabe reargüir. Porque, de un lado, solo las razones de la motivación garantizan que la valoración efectuada es *discrecional* y *no arbitraria*; es decir, a través de la motivación se controla que la valoración discrecional no ha derivado en arbitrariedad. Ahora bien, de otro lado, la *motivación* sin embargo *no es discrecional* (o sea, copada por razones al gusto de la autoridad que ha valorado discrecionalmente). Si lo fuera, ¿cómo se garantiza que la motivación *no es arbitraria*? ¿Y cómo podría una motivación sin garantías garantizar algo? Por eso, oportunamente se ha escrito: «Si la motivación controla la valoración, la motivación debe ser a su vez controlable» (69).

Son las propias leyes procesales las primeras en exigirlo al determinar cuándo y cómo se controla la motivación.

Lo cual significa que la motivación tiene una «estructura normativa» (70) prescrita explícitamente por una red de disposiciones procesales o implícitamente por el reverso de normas que prevén los vicios del acto

(68) Me hago eco, claro está, de la ya pacíficamente asimilada dicotomía de justificación interna/justificación externa.

(69) IACOVIELLO, F. M., *La motivazione della sentenza penale...*, pág. 67.

(70) Me remito al apartado 2 («La struttura della motivazione») del artículo de AMODIO, E., «La motivazione come specchio della giurisdizione», *Giustizia Insieme*, 2009, núms. 2/3.



procesal. A este respecto, la «estructura elemental» de la motivación que por lo común delinear los códigos procesales se atiene al esquema clásico elaborado por muchos estudiosos de la argumentación, a saber: *datos probatorios-razonamiento probatorio-hecho probado*(71); como bien ejemplifica el mismo art. 218.2 LEC: «Las sentencias se motivarán expresando los *razonamientos* fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas» (cursivas mías). La mera indicación de los medios de prueba (que a veces ni eso se respeta (72)) y de los resultados obtenidos no constituye una motivación; faltan los *razonamientos* que relacionan los unos con los otros. Y la invocación formularia de una expresión («valoración conjunta») no cumple con esa encomienda, puesto que no permite verificar (ni controlar) qué *relación* existe entre los *medios* de prueba y el *resultado* de su valoración.

Que es lo que habitualmente sucede en nuestra jurisdicción contenciosa. Y así no hay modo de que el recurrente pueda defenderse atacando (por incompleta o contradictoria o ilógica) la presunta «valoración conjunta» que le perjudica.

IV. Acriticas «reglas de la sana crítica»

Precisamente, a la vista de la motivación que hace explícitas las razones que fundamentan la valoración (individualizada y conjunta) de los medios de prueba (o de los méritos), entrarían en escena las «reglas de la sana crítica» que son las que limitan la «facultad de apreciación o libertad de juicio» (STS 1331/2000) de la que dispone la autoridad judicial. La valoración según las reglas de la sana crítica se distancia, pues, de la *intime conviction*(73) por cuanto impone la exigencia de valorar conforme a reglas racionales(74).

La fórmula «valorar *conforme* a las reglas de la sana crítica» se presta a dos interpretaciones: una en positivo y otra en negativo. Puede signifi-

(71) Cfr. AMODIO, E., «La motivazione come specchio...», pág. 84.

(72) Por ejemplo, cuando se puntualiza que «debe tenerse presente que la falta de consideración expresa de un determinado medio de prueba no es por sí misma suficiente para considerar que la sentencia incurre en un defecto de motivación» (STS 1888/2012); o cuando, remachando el mismo clavo, se insiste en que «es consolidada la jurisprudencia que afirma la validez de la valoración conjunta de los medios de prueba, sin que sea preciso exteriorizar el valor que al Tribunal sentenciador le merezca cada concreto medio de prueba obrante en el expediente administrativo o la aportada o practicada en vía judicial» (STS 328/2017).

(73) O bien es equivocada o bien debe matizarse la frase: «la llamada “sana crítica” (en Francia se alude a “íntima convicción”）」 (CHAVES GARCÍA, J. R., *Breviario jurisprudencial...*, pág. 442).

(74) O sea, «supone un paso más en los sistemas de valoración judicial» (NOYA FERREIRO, M.ª L., «La valoración de la prueba», pág. 198).



car que las «reglas de la sana crítica» funcionan como *guías* que orientan la valoración de las pruebas o, también, como *límites* que demarcan las riberas que la libre valoración no debe desbordar. La práctica procesal se acomoda más bien a esta segunda interpretación: basta que en la motivación se consignen las razones que fundamentan la valoración sin que sea preciso indicar qué reglas de la sana crítica están sustentándolas; correspondiendo en cambio al recurrente identificar cuáles son las reglas de la sana crítica a las que contravienen las razones consignadas en la resolución recurrida (en segunda instancia o en casación) (75). Se trata, en cualquier caso, de una cuestión menor para lo que ahora interesa.

1. No así la que concierne al catálogo de «las reglas de la sana crítica»; asunto no privativo de la jurisdicción contenciosa sino común a todas las jurisdicciones. Por tenerlas a mano, transcribo estas palabras del Presidente de la Sala 3.^a: «La sana crítica ha sido definida como las “reglas del conocimiento humano” (...), por ello se ha insistido en que las ideas constitutivas de la sana crítica son los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente *afianzados*» (76) (cursivas mías). Síntesis de las «reglas de la sana crítica» que goza de aceptación generalizada en la jurisprudencia de nuestros tribunales (77).

2. Será bueno prevenirnos contra un error de perspectiva. No pocas veces suele pensarse que las «reglas de la sana crítica» son un *compendio* de múltiples saberes provenientes de la *lógica*, de la *ciencia* y de la *experiencia* común, debiendo sujetarse los jueces a cuanto aporten esas fuentes sin más. Y no; son esos saberes los que se someten a la «sana crítica». La «sana crítica» fija (y renueva constantemente) los *criterios* con los que se acreditan o se invalidan o se matizan esos tales conocimientos. La «sana crítica» *no nos enseña* si la Tierra gira alrededor del Sol (eso incumbe a la astronomía) o si en una agresión sexual la víctima siempre muere y araña al agresor (asunto reservado a la observación y explicación de comportamientos humanos), pero nos ofrece *pautas* para *juzgar críticamente* por qué el primer aserto tiene fundamento científico y por qué el segundo refleja no una máxima de experiencia sino una *inexperiencia* máxima.

(75) Por eso ha dicho el TS que: «en el recurso de casación no puede pretenderse de esta Tribunal una revisión completa de la prueba efectuada por el tribunal de instancia (...) si no se demuestra que dicha valoración, independientemente del grado mayor o menor de acierto que pueda atribuirsele, resulta manifiestamente contraria las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia o a los criterios generalmente aceptados por la ciencia» (STS 1344/2007).

(76) TOLOSA TRIBIÑO, C., «Prólogo», pág. 34.

(77) Véase una descripción (y análisis) en la detallista monografía de ABEL LLUCH, X., *Las reglas de la sana crítica*, La Ley, Madrid, 2015.



Por supuesto, es una función de la «sana crítica» discriminar cuáles de entre los saberes son los más seguros (obviamente: la lógica, la ciencia, y la experiencia comúnmente compartida), pero igualmente establecer qué condiciones han de satisfacer para ser tomados como tales y mostrar también cuáles son sus limitaciones. Sería un contrasentido que, en nombre de la «sana crítica», usáramos *acríticamente* todo lo que se haga pasar por lógica o por ciencia o por máxima de experiencia.

3. Me temo que, desafortunadamente, no andamos muy lejos de todo eso; es decir: que la vigilante «sana crítica» acaba pervirtiéndose en un sedante *bromuro metodológico*(78).

A) Empiezo por la *lógica*, cuya incidencia en el arsenal de las «reglas de la sana crítica» estaría representada —según la opinión más difundida— por los principios de *identidad*, de *no-contradicción* y de *tercero excluido*.

Estos principios, de tan elementales que son, adolecen de una notoria *banalidad* (en el sentido de que han de observarse siempre y por doquier —hasta p. ej. en conversaciones sobre cante flamenco, moda, gastronomía, fútbol, etc.—) y su infracción se hace muy rara en las argumentaciones de nuestros jueces y tribunales. Pero eso es lo de menos.

Lo preocupante es que su inscripción en la rumbosa «sana crítica» (no sé si a título exclusivo o solo ejemplificativo dentro del listado de las reglas lógicas) proyecta una imagen parcial y distorsionada del papel de la lógica en el razonamiento probatorio. *Parcial*, porque se pasan por alto las carencias de ese tipo de lógica («formal» o «demostrativa» o «deductiva» o el adjetivo que le convenga) para evaluar la corrección de una argumentación probatoria (no solo en el mundo del derecho) cuya especificidad reside en el uso de razonamientos inductivos y abductivos (más allá de los deductivos). *Distorsionada*, porque se fomentan las expectativas de que, en la valoración de las pruebas, las «impecables reglas lógicas»(79) determinarán resultados certeros; y, si acaso estos no se consiguen, entonces o no se explicará el porqué o se cargarán las culpas sobre la interferencia de factores ajenos a la lógica.

Sin embargo, es natural (y frecuente, sobre todo) que un razonamiento lógico termine en una conclusión con apreciables márgenes de

(78) Imagen que, por su plasticidad, tomo de la epistemóloga inglesa (hoy afincada en Miami) HAACK, S., *Legalizzare l'epistemologia...*, pág. 170 (aunque ella se refería a otro asunto).

(79) Como se enfatiza en este párrafo: «(...) el ordenamiento confía en que la mente del juez esté apoyada en los datos del expediente administrativo y en *impecables reglas lógicas* que le lleven a determinar el sendero de la verdad del testimonio o el acierto de la pericia» (CHAVES GARCÍA, J. R., *Cómo piensa un juez...*, pág. 326, cursivas mías).



incertidumbre, la cual además se debe a causas endógenas propias de su estructura. En efecto, a veces la relación entre las premisas y la conclusión es de *necesariedad* (como en el razonamiento deductivo); otras (muchísimas) tal relación es de *probabilidad* nada más (como en los razonamientos inductivo y abductivo) y en grado variable. ¿A qué se debe la diferencia? A que el razonamiento deductivo es meramente *explicitante* (la conclusión no añade nada nuevo a lo que ya estaba implícitamente contenido en las premisas); en tanto que los razonamientos inductivo y abductivo son *ampliantes* (su conclusión incorpora algo nuevo que no contenían las premisas). Por eso, en un correcto razonamiento deductivo si las premisas son verdaderas es imposible que la conclusión no sea verdadera; no así en los razonamientos inductivo y abductivo, en los que, aun siendo verdaderas las premisas, puede que la conclusión no lo sea (porque esta añade algo que las premisas no contemplaban) (80). La *necesariedad* de la conclusión en un razonamiento deductivo depende de la *forma* de este (de su corrección); la mayor o menor *probabilidad* de la conclusión en los razonamientos inductivo y abductivo se subordina al *contenido* de sus premisas (cuanto mayor sea la información que contienen sus premisas, más alta será la probabilidad de la conclusión resultante) (81).

Téngase presente que, dentro del entramado probatorio, en la fase que corresponde a la corroboración o falsación de la hipótesis en juego (o sea, en la de la *valoración* de las pruebas) el razonamiento o concatenación de argumentos es esencialmente inductivo/abductivo, es decir *probabilista* (y cuyo *variable* grado de probabilidad está supeditado al espesor de los elementos de prueba manejados).

Y, de todo cuanto precede, no suele haber atisbo en las sentencias de nuestras jurisdicciones (no solo de la contenciosa). Por lo que la función controladora de los «principios de la lógica» ¿en qué queda finalmente?

B) No menor desamparo padece el tratamiento *crítico* de las «máximas de la experiencia». Es una muestra más de la aletargada lealtad que nuestros tribunales profesan a ciertos tópicos que, en rigor, solicitarían una atención más tensa. Ello contribuye a que la *locución* «máximas de experiencia» (que no explícitas «máximas» concretas) ande paseándose de sentencia en sentencia sin despertar ninguna desconfianza.

(80) CAPRIOLI, F., «L'accertamento della responsabilità penale "oltre ogni ragionevole dubbio"», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2009, núm. 1; pág. 75.

(81) BONORINO, P.R., «La abducción como argumento», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2012; pág. 154.



En cuanto a dejadez, en tema de «máximas de experiencia», tampoco la doctrina académica les va a la zaga (82); con la salvedad de algunos nombres propios (83). Gracias a estos vislumbramos una copiosa mina de situaciones que demandan una consideración particularizada. En ese sentido, no nos cabe duda que debe aceptarse una «máxima» que consiste en la vulgarización de una ley científica; o que debe rechazarse una «máxima» que contradice algún saber científico; o que, si dos «máximas» chocan entre sí, ambas deberán ser desatendidas; o que entre dos «máximas» aplicables, aun no siendo contradictorias conducen a resultados diferentes, habrá de elegirse la más adherente a las circunstancias del caso concreto; etcétera.

Pero, por encima o por debajo de toda esa casuística, existe una regla de oro: el grado de *generalidad* de una máxima de experiencia depende del *número* de casos empíricos observados y de la *regularidad* de un fenómeno en ellos detectada. Pues bien, sobre la «generalidad» y la «regularidad» será oportuna alguna puntualización (84).

a) Cada día abundan más las leyes científicas estadísticas (son pocas las leyes universales). Lo mismo acontece con los criterios de sentido común, constelados de excepciones. En ambos campos se procede mediante inducciones generalizantes (construyendo una regla a partir de casos similares). O sea, que para extraer una «máxima» será necesario que los casos examinados sean numerosos y similares. Son casos similares aquéllos cuyas diferencias entre sí se toman por irrelevantes. Pero en los casos de la experiencia cotidiana son tantas las diferencias relevantes que se hace aventurado encontrar casos asimilables. Tomemos este criterio de sentido común: «la capacidad de reacción de un conductor descende tras tres horas al volante». Pero ¿son casos asimilables conducir un utilitario o un coche de gran cilindrada, un auto con aire acondicionado u otro sin este, conducir en una autopista sin tráfico o en una carretera de montaña con muchas revueltas, de día o de noche? No hay parámetros unívocos para formar la base empírica de la que extraer la

(82) Como mucho se remastica la clásica definición de STEIN: «definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos» (*El conocimiento privado del juez* (trad.), 2.ª ed., Madrid, 1990; pág. 22).

(83) Entre otros (y haciéndose eco de TARUFFO, M., «Consideraciones sobre las máximas de experiencia», ahora en su libro *Páginas sobre justicia civil* (trad.), Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2009; págs. 439-453) ATIENZA, M., *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013; págs. 486-489.

(84) Las consideraciones que se exponen seguidamente han sido entresacadas de IACOVIELLO, F. M., *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Giuffrè, Milano, 2013; págs. 321-324.



máxima. Si consideramos como semejantes todos esos casos —es decir, cuanto más amplia sea la base empírica— más *genérica* será la máxima extraíble (y, en lugar de «tres horas», deberemos hablar de «un tiempo más o menos largo, según las circunstancias»), con lo que la fuerza probante de la máxima se disuelve. En cambio, si consideramos relevantes todas aquellas diferencias, el número de casos verdaderamente similares será tan restringido que no habrá posibilidad de conseguir una *generalidad* significativa.

b) Los criterios de sentido común, lo mismo que las leyes científicas, son generalizaciones de la experiencia. Las leyes y las teorías científicas siguen un ciclo vital: nacen, envejecen y mueren. A las máximas de la experiencia les pasa otro tanto. Pero ¡cuidado! ¿Quién determina el nacimiento y muerte de las máximas? En las ciencias hay un científico que hace los experimentos y hay una comunidad científica que los controla y discute. En cambio, las máximas parecen venir al mundo por autogénesis, vivir por inercia y morir por desuso. Lo más que puede decirse es que existen regularidades sociales que se convierten en sentido común, un saber que se transmite por mil canales de la comunicación. ¿Y cómo conoce el juez una máxima de experiencia? Unas veces por experiencia personal, otras por haberla leído en alguna parte o por habérsela escuchado a otra persona. Esto significa que no se dispone de un repertorio oficial de los criterios de sentido común. Lo cual implica que los jueces interpretan una máxima sin texto; y así diferentes jueces pueden entender la misma máxima de manera distinta. Por ejemplo, a la máxima: «la persona que afronta un pago de mucho dinero, no lo hace al contado», un juez añadirá «nunca» (o sea, «nunca paga al contado»), otro pondrá «casi nunca», otro «no es frecuente que», etc.; de manera que una máxima sin texto queda sujeta a una elaboración personal del juez que la usa. A diferencia de las leyes científicas, el juez no es un mero usuario de las máximas de experiencia; en el manejo de estas hay mucha más «ciencia privada del juez» de cuanto Stein pensara.

C. Llegados al tercio que la «sana crítica» reserva a los conocimientos de la ciencia, aquella cunde particularmente en el control del valor que se otorgue a las pruebas periciales. En ellas me centraré ya que, por añadidura, «la prueba pericial tiene habitualmente una extraordinaria importancia en el proceso contencioso-administrativo, dada la naturaleza técnica de buena parte de la Administración» (85).

(85) GRANDE SEARA, P., «Conceptos generales», pág. 40.



a) La expresión misma «conocimientos científicamente *afianzados*» (recogida incluso en códigos procesales) transpira una anacrónica («paleopositivista», suele llamarse) concepción de la *ciencia*, como si esta fuera *estática* y *absolutizante*, cuando en realidad el devenir de las ciencias enseña lo contrario (86). Obsolescencia que es una rémora de cuando, venciendo resistencias, se regularizó el ingreso de la ciencia en el proceso bajo dos condiciones: la *oficialidad del saber* (o sea, que la ciencia estuviera acreditada en la comunidad científica de referencia) y que expresara *leyes nomológicas* (universales o de altísima frecuencia estadística); encargándose de ello el perito judicial cuya síntesis, al realizarse con honestidad intelectual y fidelidad descriptiva, se tomaba como un elemento de prueba «neutro» (87).

b) Pese al florecimiento de *leyes probabilistas* (por tanto no-nomológicas), la jurisprudencia no acostumbra a hacer distinguos y muchas veces las trata como si *de facto* funcionaran nomológicamente, o al menos no escruta metódicamente si los conocimientos ya instalados en la práctica procesal son de verdad nomológicamente ciertos y absolutamente compartidos por los especialistas del ramo. Es la rutina procesal la que los avala como tales, y basta (88). Por ejemplo, ¿cuándo un juez ha mostrado algún recelo sobre la cientificidad de la pericia toxicológica o de la pericia psiquiátrica? ¿Cuántos miles de sentencias se han basado en la pericia grafológica, admitida tranquilamente y sin pestañear? (89)

c) De unos años a esta parte asoman tímidas menciones (en la doctrina, no en las sentencias) (90) del *caso Daubert* (Corte Suprema EEUU, en el ya lejano 1993), confiando tal vez en que sus *cuatro reglas* (como alguien las etiquetó despectivamente) permitan discernir, dentro de la di-

(86) Cfr. TONINI, P., «La prova scientifica: considerazioni introduttive», *Diritto penale e processo* (Dossier «La prova scientifica nel processo penale»), 2008; pág. 9.

(87) Cfr. GIUNTA, F., «Questioni scientifiche e prova scientifica tra categorie sostanziali e regole di giudizio», *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 2014; págs. 566-570.

(88) Será útil recordar que en 2009, tras dos años de trabajo, una Comisión nombrada por la *National Academy of Sciences* de los Estados Unidos y compuesta por 17 expertos provenientes de distintos campos del saber científico, hizo público el informe «Strengthening Forensic Science in the United States: A Path Forward» a la vista de casi todas las disciplinas de uso corriente en el ámbito forense (ADN, huellas digitales, análisis del cabello, residuos de disparo e identificación de las armas disparadas, odontología forense, BPA, explosivos, análisis de los residuos de incendio, análisis de barnices y colorantes, huellas de calzado y neumáticos, etc.). Solo la prueba genética superó el examen de la Comisión. En el resto, incluidas las huellas dactilares, la Comisión detectó problemas sustanciales. Y como los saberes científico-forenses se utilizan por doquier, pienso que lo dicho valdría también para nosotros.

(89) Se pregunta IACOVIELLO, F. M., *La Cassazione penale...*, pág. 609.

(90) Por ejemplo, en CHAVES GARCÍA, J. R., *Cómo piensa un juez...*, pág. 327.



cotomía buena ciencia/mala ciencia, si el saber científico que aportan los peritos en cada ocasión pertenece a la primera clase o a la segunda. Imaginemos que eso sea factible. Pero nos quedaríamos a medio camino. Porque la proyección explicativa de una *teoría* sobre el dato concernido suele realizarse a través de un *método* y con su correspondiente *técnica* (de aplicación concreta). Tendríamos sí la garantía de disponer de una óptima ciencia teórica, pero en base a los criterios Daubert no lograríamos asegurar si aquella ciencia ha integrado un método correcto o no, y si este ha sido aplicado con una técnica adecuada o mejor que cualquier otra (91).

c) A no olvidar, tampoco, que en las discusiones científicas el objeto a controlar son enunciados de carácter general (leyes, teorías científicas, etc.), mientras que en el proceso son enunciados singulares referidos a hechos del pasado. Y, a menudo, un mismo hecho admite ser explicado mediante leyes científicas alternativas que ofrecen explicaciones diferentes del hecho en cuestión; lo cual enciende inevitablemente el debate sobre cuál de ellas deberá ser tenida en cuenta.

d) Todo ello empuja a desterrar la presunta «neutralidad» del perito judicial frente al perito de parte (pese a que aquél no busque favorecer a nadie) por la aplastante razón de que la elección de una teoría, de un método y de una técnica no es de por sí neutra; depende de cada perito, de su formación científica en general, de su competencia respecto de la materia específica, del laboratorio en el que trabaja, del estado que presenta la muestra examinada, etcétera (92); como ponen de manifiesto —cuando son varios los peritos nombrados por el propio tribunal— los desacuerdos entre ellos mismos (93). En el contradictorio procesal la ciencia entra como *problema* a resolver, no como representación *pacífica* del estado de la ciencia en el entorno social. Por eso, con fundamento se ha escrito que los peritos judiciales no son «neutrales en un sentido epistemológicamente fuerte», puesto que «no es realista esperar encontrarse con alguien competente para una tarea que no tenga inicialmente una opinión, no tenga una tendencia a concluir de una manera más que de otra», en suma que «no tenga una opinión preconcebida» (94). Por tanto,

(91) Cfr. GENNARI, G., «Errore giudiziario e prova scientifica», en L. LUPÁRIA (a cura), *L'errore giudiziario*, Giuffrè, Milano, 2021; pág. 249.

(92) Cfr. TONINI, P., «Dalla perizia “prova neutra” al contraddittorio sulla scienza», en C. CONTI (a cura), *Scienza e processo penale. Nuove frontiere e vecchi pregiudizi*, Giuffrè, Milano, 2011.

(93) Algunos ejemplos, referidos a EEUU, en HAACK, S., *Legalizzare l'epistemologia...*, págs. 138-140.

(94) HAACK, S., *Legalizzare l'epistemologia...*, págs. 151-152.



habrá que rebajar un tanto las ínfulas de «presunción de mayor objetividad» a favor de quienes están «alejados de los intereses de parte» (STS 17/07/2000(95)).

e) Y, por el respeto debido a la «sana crítica», ¿cómo ha de actuar el juzgador en tan comprometido escenario? Capeando el temporal malamente, si atendemos al recetario jurisprudencial. En este, según con venga, se reconocerá la paridad apriorística de las pericias (sean de parte o judiciales) para, a continuación, matizar que el informe de un perito judicial «tiene frecuentemente una fuerza persuasiva superior» (STS 14/04/2014(96)); o se exonerará al juez de motivar por qué prima o descarta una o unas de las pericias aportadas (STS 12/07/2013(97)); o se afirmará que, según prescribe el art. 348 LEC, el tribunal valorará la prueba pericial «conforme a las reglas de la sana crítica» (STS 31/03/2016(98)), pseudo argumento que en vez de aclarar nada necesita ser aclarado; o se instará al tribunal a ponderar —entre otras cosas— «los razonamientos que contengan los dictámenes y los que se haya vertido en el acto del juicio» y «las operaciones periciales que se hayan llevado a cabo por los peritos, los medios o instrumentos empleados y los datos en los que se sustentan sus dictámenes» (STS, Civil, 21/07/2016(99)), tareas en las que sin embargo los jueces son legos; etcétera. Cualquier cosa menos aceptar el despropósito que supone recurrir a la imagen del *iudex peritus peritorum* que «no solo sabe lo que sin embargo no sabe, sino, encima, sabe más de ciencia que los mismos científicos que desfilan ante él en el proceso»; por lo que una de dos: o bien los jueces «hacen un acto de humildad y comienzan a estudiar, o bien no, porque admitirlo cuesta demasiado en términos de prestigio y reconocimiento social» (100).

f) Igual de perniciosa se revela la táctica inversa (bastante usada callandito) de convertir al *peritus* (de nómina judicial) en *iudex*, por lo que eso implica de des-responsabilidad personal del verdadero juez al delegar la justicia de su decisión en quien no lo es. Por tanto, ni *pasividad* del juez (desentendiéndose de su responsabilidad) ni ilegítimo *activismo científico* (presumiendo de conocimientos y competencias de los

(95) Cit. CHAVES GARCÍA, J. R., *Cómo piensa un juez...*, pág. 325.

(96) Cit. CHAVES GARCÍA, J. R., *Breviario jurisprudencial...*, pág. 448.

(97) Cit. CHAVES GARCÍA, J. R., *Breviario jurisprudencial...*, pág. 451.

(98) Cit. CHAVES GARCÍA, J. R., *Breviario jurisprudencial...*, pág. 451.

(99) Cit. CHAVES GARCÍA, J. R., *Breviario jurisprudencial...*, pág. 452.

(100) SANTA MARIA, L., «A proposito del convegno “Rethinking Wrongful Conviction”», *Diritto penale contemporaneo*, 24 noviembre 2017; pág. 2.



que el juez carece), como subrayara en su día la *Corte di Cassazione* italiana(101).

¿Qué hacer, entonces? Problema que nuestros tribunales debieran encarar (a diferencia de otros) si se tomaran críticamente las «reglas de la sana crítica» (y cuya complejidad me disuade no solo de afrontarlo sino hasta de sugerir al respecto, por extensas, unas módicas propuestas(102)).

4. Que aún no lo hayan hecho tal vez se deba a un error *original* (como el pecado) en el punto de partida, puesto que —como remarca la STS 20/12/2017(103)—: «las reglas de la sana crítica (...) han sido definidas por el Tribunal Supremo como “las *más elementales directrices* de la lógica humana”» (cursivas mías). Y no creo que tanta *elementalidad* baste (no solo para solucionar) ni siquiera para caer en la cuenta de los problemas que emergen en esos tres sectores de la «sana crítica».

V. Una muy sucinta recapitulación

Para evitar un cierre abrupto de este intrincado y dilatado recorrido, añadiré unas sintéticas líneas conclusivas que condensan el mensaje central de las páginas que anteceden.

Siendo la *justicia* de la decisión judicial la estrella polar que orienta el entero periplo procesal, aquella mantiene un vínculo inescindible con la *verdad* de los hechos reconstruidos; la cual —a su vez— depende de la *calidad* del conocimiento que la sustenta, aval sin embargo que ni el sentido común ni una estricta formación técnico-jurídica (único bagaje que a los jueces suele exigirse) están en condiciones de proporcionar.

Va de sí que la valoración de las pruebas periciales (que suelen prodigarse en la jurisdicción contenciosa) sitúan al juzgador ante el desafío de una *alteridad cultural* respecto de la que él posee. En efecto, a quien accede a la judicatura nadie le ha enseñado a distinguir cuándo la relación entre dos fenómenos es de comprobación episódica o sistemática, ni cuándo tal relación es constante o estadística; ni tampoco cuáles son los métodos comunes a las investigaciones científicas en general y menos aún los métodos específicos de las disciplinas concernidas en cada caso; dígase lo propio acerca de cómo se calibra el grado de apoyo que los datos constatados ofrecen a la hipótesis que se pretende probar o cuál ha

(101) Cass., sez. IV, 17 de septiembre 2010, núm. 43786 (caso *Cozzini*).

(102) Y que en ningún caso mejorarían las de CARLIZZI, G., «Giudice 2.0 e uso del sapere specialistico nel processo penale», *Processo penale e giustizia*, 2017, núm. 4.

(103) *Cit.* CHAVES GARCÍA, J.R., *Breviario jurisprudencial...*, pág. 442.



sido la intensidad crítica que ha superado la tesis científica que se invoca en cada situación; etcétera. Son estos una muestra de los criterios mínimos indispensables para responsabilizarse de una valoración racional en tema de prueba científica.

Pero por encima de estas carencias culturales «*ratione materiae*», o sea *coyunturales*, existen otras *estructurales*, por cuanto afectan al meollo mismo de la valoración fáctica (sea cual fuere la naturaleza de la prueba concernida). Me estoy refiriendo al desconocimiento de la *epistemología procesal*, que no es una acomodaticia variante *ad hoc* de la epistemología general (un sucedáneo al estilo de como, otrora, se estilaba hablar p. ej. de «lógica jurídica») sino la que agrupa los instrumentos que ofrece directamente la epistemología general para resolver problemas estrictamente procesales. A título de ejemplos: ¿Qué es una inferencia y cuál su función? ¿Qué clases de inferencias se usan en el razonamiento probatorio y cuál es la fuerza de sus respectivas conclusiones? ¿Cuál es la función epistémica del contradictorio procesal y cómo se refleja en la sentencia? ¿Cuáles son las diversas funciones y por qué son necesarias la valoración individualizada y la valoración conjunta de las pruebas? ¿Por qué los resultados de la valoración de las pruebas son solo probabilistas? ¿Qué sentido tiene, no obstante, hablar de «certeza procesal»? ¿Por qué, sin embargo, la certeza procesal no se confunde con la convicción psicológica del juzgador y ni siquiera con la verosimilitud? ¿De qué manera se determina racionalmente, en consecuencia, la suficiencia o insuficiencia del cuadro probatorio disponible? ¿Qué son los estándares de prueba y de qué modo se controla su correcta observancia?... En vano resultará ponerse a buscar, en la manualística que frecuenta el estudiantado de nuestras Facultades o en el temario a memorizar para acceder a la judicatura, algún sustancioso desarrollo —no diré de todas— de siquiera una sola de las cuestiones apuntadas, pese a ser todas ellas (además de otras) relevantes en la tarea de valorar racionalmente las pruebas y responder de su resultado ante los justiciables y ante la ciudadanía.

Bibliografía citada

- ABEL LLUCH, X., *Las reglas de la sana crítica*, La Ley, Madrid, 2015.
 ABEL LLUCH, X., *Derecho probatorio*, Bosch, Barcelona, 2012.
 ACCATINO, D., «Atomismo y holismo en la justificación probatoria», *Isonomía*, 2014, núm. 40.
 AMODIO, E., «La motivazione come specchio della giurisdizione», *Giustizia Insieme*, 2009, núms. 2/3.
 ANDRÉS IBÁÑEZ, P., *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del Estado constitucional*, Trotta, Madrid, 2015.



- ANDRÉS IBÁÑEZ, P., «La argumentación probatoria y su expresión en la sentencia», en VV.AA., *Lenguaje forense, (Estudios de Derecho Judicial)*, CGPJ, 2000, vol. 32.
- ATIENZA, M., *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013.
- BARONA VILLAR, S., «Objeto de la prueba y principios esenciales de la actividad probatoria», en M.^a I. GONZÁLEZ CANO (dir.), M.^a I. ROMERO PRADAS (coord.), *La prueba Tomo II. La prueba en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- BONORINO, P.R., «La abducción como argumento», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2012.
- CAPRIOLI, F., «L'accertamento della responsabilità penale "oltre ogni ragionevole dubbio"», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2009, núm. 1.
- CARLIZZI, G., «Iudex peritus peritorum. Un contributo alla teoria della prova specialistica», *Diritto penale contemporaneo*, 2017, núm. 2.
- CARLIZZI, G., «Giudice 2.0 e uso del sapere specialistico nel processo penale», *Processo penale e giustizia*, 2017, núm. 4.
- CHAVES GARCÍA, J.R., *La prueba contencioso administrativa: análisis dogmático y jurisprudencial*, Universitas, Madrid, 2007.
- CHAVES GARCÍA, J.R., *Breviario jurisprudencial de la prueba en la justicia administrativa*, Ed. Amarante, Salamanca, 2021.
- CHAVES GARCÍA, J.R., *Cómo piensa un juez. El reto de la sentencia justa*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021.
- COLMENERO GUERRA, J.A., «Conceptos generales», en M.^a I. GONZÁLEZ CANO (dir.), M.^a I. ROMERO PRADAS (coord.), *La prueba IV. La prueba en el proceso laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- COLOMA CORREA, R., «¿Realmente importa la sana crítica?», *Revista Chilena de Derecho*, 2012, núm. 3.
- DELLI PRISCOLI, L., «Editoriale: Il diritto vivente: le ragioni di una Rivista», *Il diritto vivente: Rivista giuridica on-line di Magistratura Independente*, 2015.
- FERRER BELTRÁN, J., *Motivación y racionalidad de la prueba*, Grijley, Lima, 2016.
- FERRER BELTRÁN, J., *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2021.
- GASCÓN ABELLÁN, M., «Valoración de la prueba y causalidad jurídica», *Ciencia Forense*, 2017, núm. 14.
- GENNARI, G., «Errore giudiziario e prova scientifica», en L. LUPÁRIA (a cura), *L'errore giudiziario*, Giuffrè, Milano, 2021.
- GIUNTA, F., «Questioni scientifiche e prova scientifica tra categorie sostanziali e regole di giudizio», *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 2014.
- GONZÁLEZ GRANDA, P., «La valoración de la prueba», en M.^a I. GONZÁLEZ CANO (dir.), M.^a I. ROMERO PRADAS (coord.), *La prueba Tomo I. La prueba en el proceso civil*; Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- HAACK, S., *Legalizzare l'epistemologia. Prova, probabilità e causa nel diritto* (trad.), EGEA S.p.A., Milano, 2015.



- IACOVIELLO, F.M., *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, Giuffrè, Milano, 1997.
- IACOVIELLO, F.M., «Motivazione della sentenza penale (controllo della)», *Enciclopedia del diritto. Aggiornamento IV*, Milano, 2000.
- IACOVIELLO, F.M., *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Giuffrè, Milano, 2013.
- IGARTUA SALAVERRÍA, J., «¿A quién afecta el descrédito, sobre todo?», *Revista Vasca de Administración Pública*, 2020, núm. 118.
- IGARTUA SALAVERRÍA, J., *Indicios, duda razonable, prueba científica. Perspectivas sobre la prueba penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- NOYA FERREIRO, M.^a L., «La valoración de la prueba», en M.^a I. GONZÁLEZ CANO (dir.), M.^a I. ROMERO PRADAS (coord.), *La prueba Tomo III. La prueba en el proceso contencioso-administrativo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, D., «La prueba en el contencioso-administrativo vista por un juez», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2010, núm. 3.
- PELLIZER, O., «La ricostruzione del fatto nel processo penale», *Tesi di laurea, Fondazione Guglielmo Gulotta di Psicologia Forense e della Comunicazione —Onlus—*, Milano, 2010.
- POPPER, K.R., *La lógica de la investigación científica* (trad.), Tecnos, Madrid, 1962.
- RAMÍREZ ORTIZ, J.L., *Perspectiva de género, prueba y proceso penal. Una reflexión crítica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- ROMERO PRADAS, M.^a I., «La valoración de la prueba», en M.^a I. GONZÁLEZ CANO (dir.), M.^a I. ROMERO PRADAS (coord.), *La prueba Tomo IV. La prueba en el proceso laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- SANTA MARIA, L., «A proposito del convegno "Rethinking Wrongful Conviction"», *Diritto penale contemporaneo*, 24 noviembre 2017.
- STEIN, F., *El conocimiento privado del juez* (trad.), 2.^a ed., Madrid, 1990.
- TARUFFO, M., *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Giuffrè, Milano, 1992.
- TARUFFO, M., *Páginas sobre justicia civil* (trad.), Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2009.
- TARUFFO, M., «Verità e giustizia di transizione», *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 2015.
- TOLOSA TRIBIÑO, C., «Prólogo» al libro de J. R. CHAVES GARCÍA, *Cómo piensa un juez. El resto de la sentencia justa*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021.
- TONINI, P., «Dalla perizia "prova neutra" al contraddittorio sulla scienza», en C. CONTI (a cura), *Scienza e processo penale. Nuove frontiere e vecchi pregiudizi*, Giuffrè, Milano, 2011.
- TONINI, P., «La prova scientifica: considerazioni introduttive», *Diritto penale e processo* (Dossier «La prova scientifica nel processo penale»), 2008.
- TUZET, G., «La prova ragionata», *Analisi e diritto*, 2016.



