

TEMA XIII. LA PRUEBA	425
I. CONCEPTO.	425
II. CLASIFICACIONES POSIBLES DE LA PRUEBA	427
III. FUNCIÓN DE LA PRUEBA	428
IV. FUENTES DE PRUEBA Y MEDIOS DE PRUEBA	431
V. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS NORMAS DE PRUEBA	432
VI. OBJETO DE LA PRUEBA	434
1. Hechos	434
A) La "ciencia privada del Juez"	434
B) Los hechos no controvertidos o confesados	436
C) Los hechos notorios	439
D) Las "máximas de la experiencia"	441
2. La costumbre	443
3. El Derecho extranjero	444
4. Los hechos protegidos por una presunción legal	444
VII. LA CARGA DE LA PRUEBA	445
1. Ideas generales	445
2. La distribución de la carga de la prueba en lo civil	447
3. Casos de inversión de la carga de la prueba	448
4. La carga de la prueba en el proceso laboral	448
5. La carga de la prueba en el proceso penal	448
VIII. LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA. SUS SISTEMAS	453
1. Prueba tasada o legal	453
2. Prueba "en conciencia" o libre	457
3. Prueba "según las reglas de la sana crítica"	458
IX. MEDIOS DE PRUEBA	459
X. LA PRUEBA ADELANTADA	469
Bibliografía	473

TEMA XIII

LA PRUEBA

I. CONCEPTO

El proceso (esto es, el conflicto intersubjetivo hecho litigio, por haber sido sometido para su resolución a un órgano de la jurisdicción), se ha iniciado por una exposición de "apariencias de hechos", narrada por una de las partes (o interesados), y contradicha por la otra. A estas "apariencias", se trata, tanto por la parte que las expuso ("alegó") como por el propio órgano jurisdiccional que ha de resolver, de ponerlas en contacto con la realidad exterior de las cosas, para saber si coincide aquella versión subjetiva o "apariencia narrada en juicio" con la "realidad del objeto narrado", en los límites en que al hombre le es posible llegar a conocer tal "realidad". Esta coincidencia es fundamental (o es fundamental la falta de coincidencia), ya que el juez, con esta superposición de apariencias a las realidades, intentada, si se logra, alcanzará un grado de "convicción" de que la "apariencia" alegada coincide con la "existencia": subsumirá esta convicción de la "realidad", sobre "los hechos exteriores", a la norma jurídica que le preexiste (o, en otros sistemas, que él mismo crea; así, el antiguo sistema del *case law*), y de esa superposición surgirá la conclusión, que pondrá fin al litigio (y al conflicto interno en que se basa): llegará a formular la sentencia.

Así pues, en el "iter" procesal, el "momento probatorio" es de extrema importancia: en él las simples "apariencias" bajo las que comenzó el proceso, con respecto a su contenido de hechos, intentan transformarse, por actividad de las partes ("actos de proposición de prueba" y "actos de práctica de la prueba") o del mismo juez (si lo hace *ex officio*), en "existencia" (histórica, esto es, ya pasada y terminada: o presente) de tales hechos. Como el conflicto (en la mayor parte de sus supuestos) se produce por razón de hechos (aunque puede iniciarse por una discrepancia puramente jurídica), no puede llegarse a su solución si no se fija esa base de "existencia de los hechos": sobre

ella actuará el juez, determinando y poniendo en acción la norma jurídica que corresponda, a fin de extraer la consecuencia (el "fallo").

Esto es: al iniciarse un proceso, el juez, o bien se halla o bien trabaja paulatinamente (sobre todo, a través de su propia investigación, en el proceso penal) en varias hipótesis sobre la "veracidad" de las diversas "versiones" de *unos solos hechos* que le llegan: únicamente mediante su comparación con la realidad exterior y puede llegar a escoger una de tales "versiones" (o bien, elementos de varias) y elaborar así una y única versión —su convicción—, que es la que fundará la sentencia. Todas estas alternativas y contradicciones se han de resolver en el "momento" o "estadio" probatorio, con mayor o menor intervención de juez, partes y "participantes probatorios" —peritos, testigos—. Asimetría o isonomía del proceso.

Y a los fines de su resultancia, recordemos aquí el contenido global de la actividad del juez en el proceso: ya conoce —oficialmente, al menos— la totalidad de las reglas que el ordenamiento jurídico pone a su disposición y que a él (con intervención también de las partes, si elegimos un tipo de proceso "intra-dispositivo", o sea, en el que son ellas las que deslindan el campo del litigio). Ahora, ya en cada proceso en concreto, y llegado el momento o estadio procedimental de la prueba, *el juez debe proceder a la reunión de los hechos afirmados por las partes* (o por terceras personas inclusive, en el proceso penal), *y sujetarlos a esa comparación con la realidad exterior* (sea integrada por una sola persona, sea por una cosa o por una serie de cosas: por ejemplo con una persona determinada —sobre todo en el proceso penal, pero también en los procesos por paternidad— o con una "cosa" determinada que tiene relación con una persona: un bien mueble o inmueble: incluso un "paisaje", integrado por una multiplicidad de "cosas" en relación con una persona humana). *De las diversas "versiones, el juez, como ya se ha dicho, escogerá la o las más "verosímiles", y mediante juicios lógicos —en los que no se puede despreciar nunca una determinada falta de "lógicidad"; no estamos en terreno de las matemáticas "absolutas"— la transformará en "su" versión única.* A ella, objetivada en lo posible (o en lo que le deje la ley, o el dominio del litigio por las partes, si el proceso es "intra-dispositivo"), con su "subsunción" posterior, aplicará la norma jurídica correspondiente (Fairén-Guillén).

De la situación de "duda", ante las "apariencias", el juez, reiteramos (*cfr. supra*), debe pasar a la de "certeza", pasando seguramente por momentos de "verosimilitud". Y ahí se halla la prueba, para realizar este difícil paso.

El "iter" probatorio debe llevar desde el nacimiento de la "sospecha" de la "existencia" de un hecho (esto es, la "apariencia" de "lo indudable") a la "existencia" del hecho; a través de estadios de duda, verosimilitud, convicción subjetiva ('certeza', si se llegare a ella objetivamente).

Todo ello a través de operaciones de "averiguación", "esclarecimiento", "aclaración", "explicación", "verificación" (Sentis Melendo); pero la propia naturaleza de cada tipo de proceso lleva a la conclusión de que sea suficiente llegar a un determinado grado de "verosimilitud". Esto se aprecia con la expresión *fumus boni juris*, "cantidad de prueba *prima facie*, superficial (no "sumaria"), suficiente para determinados supuestos (en los procesos cautelares civiles, y no en todos).

II. CLASIFICACIONES POSIBLES DE LA PRUEBA

Se indican en plural, ya que pueden hacerse partiendo de diferentes puntos de vista: y haciendo constar, una vez más aquí, que hallaremos especialidades con respecto a la prueba en lo penal.

1. Algún autor (Heusler, y después Carnelutti), hablaron de "prueba matemática"; silogística pura o "dialéctica" o basada en demostraciones de unos hechos a través de otros (sin que nosotros le demos su carácter "silogístico", aunque sí su forma); dentro de la "prueba dialéctica", tendría especial relevancia la "prueba crítica" (Siegrist), "indiciaria", que después examinaremos mejor.

Llegaba al extremo algún autor (Von Canstein) pretendiendo que "no existía sino una prueba": la "prueba física", esto es, la obtenida por medio de una inspección personal directa del juez.

2) Se podría también clasificar la prueba, por su objeto material, en "histórica, *de hechos ya pasados* y que no persisten, y "prueba" de "hechos actuales" *que están ocurriendo*: la segunda sería la prueba a obtener (y la obtenida, en su caso) a través de la inspección personal del juez, de hechos que aún se producen (por ejemplo, el funcionamiento de una fábrica que emite humos que producen una reacción humana anormal, como es la de toser, etcétera). La primera se obtendría a través de "medios de reconstrucción de lo ocurrido" —documentos, testigos, peritos, etcétera— que se refieran *al pasado*.

3) La prueba, así, podría entenderse como "directa", de confrontación del juez con la realidad del hecho, o como "indirecta", si el juez debe acudir a otro medio que no sea su percepción directa de los hechos, y la interpretación científica, técnica o práctica de los mismos (tareas que en muchos casos están fuera de sus conocimientos: corresponde a

los peritos el interpretar tales hechos, por ejemplo, determinar la composición del "humo producido por la fábrica", su toxicidad para el hombre o el entorno natural, la intensidad de tal toxicidad, medidas a adoptar, etcétera). De ahí que la "prueba directa" sea menos frecuente de la que parece debería ser.

Y en el grupo de "pruebas de percepción indirecta" se hallaría la "prueba indiciaria", la que no surte el resultado apetecido y necesario para el juez, de asegurarle de la realidad de un hecho desconocido, sino que le sirve de escalón para elevarse por inducción a una "presunción", el método probatorio más complicado.

4) Los "indicios" pueden ser, a su vez, "medio de prueba" o "cualquier medio de prueba". Aquí aparece una distinción cuantitativa grande entre el papel de los indicios" en lo penal y en lo no penal. Allí funcionan como "hechos averiguados" por medio de una investigación, y por su intermedio se elabora la presunción judicial de culpabilidad o se restaura de la de inocencia; en lo no penal, nos hallamos con los indicios cuando se trata de relaciones con lo penal (así, en el artículo 362 LEC: para cuando el juez o tribunal civil "hubieren de fundar exclusivamente la sentencia en el supuesto de la existencia de un delito...": ahí, ese "supuesto", es un indicio o una serie de indicios y bastan para que se deba suspender el fallo del pleito hasta la terminación del proceso penal, si el MF oído, tales jueces o tribunales estimaren del caso la formación de causa penal).

5) Otra posible pauta de clasificación de las "pruebas" lo es en "legal" o de "libre apreciación", existiendo varios grados en esta "libertad"; pero más bien, como se trata de una pauta relacionada con su apreciación, dejaremos el examen de este punto para infra, en su lugar.

III. FUNCIÓN DE LA PRUEBA

1) En general, es "la obtención de la verdad". Pero ya dijimos, y aquí reiteramos, que esa "verdad" —nunca absoluta para el hombre— tiene grados (además de los múltiples de "verosimilitud" o de "porcentajes de posibilidades" de verdad: conocemos sentencias de tribunales en las que consta el porcentaje de posibilidades de que una persona no sea hija de otra, como pretendía: y se habían practicado "pruebas" sobre la paternidad, de tipo científico): de "verdad formal" y de la llamada "verdad material".

Lo cual, si no coincide, se halla muy próximo a la diferenciación de la "verdad subjetiva" y de la "verdad objetiva", diferencia ineludible, tratándose siempre de sostenedores o titulares humanos, "sujetos".

La "verdad formal" constituye una cierta determinada aproximación a la "verdad total" de un hecho o hechos, tal y como lo permiten las limitaciones de un "hombre medio". Se basa en un sistema legal de declaración de los hechos probados, que permita los convenios probatorios entre las partes (ahora muy discutidos, Prieto-Castro) y aún de la disponibilidad intra-procesal de la prueba por las partes [lo cual está previsto claramente en el artículo 552 de la LEC, con respecto al juicio civil "de mayor cuantía": "Si los litigantes hubieren *convenido* en que se falle definitivamente el pleito sin necesidad de prueba, mandará el Juez traer los autos a la vista con citación de las partes para sentencia". Aquí se ve muy bien que las partes han considerado que la "verdad para ellas" ("verdad formal"), en el ámbito que han querido, se ha mostrado al juez en los escritos de alegaciones]; ellas mismas, al "convenir" que se omitía el estadio probatorio, *consideran ya probado para ellas* lo que en las alegaciones han dicho, ellas o las adversas.

La introducción de los convenios probatorios en el proceso penal realiza por medio del *plea bargaining*, que ahora penetra en España.

Esta "verdad formal" como objetivo de la prueba, naturalmente, sólo cabe en los procesos de tipo "dispositivo", "voluntarios", "evitables" o "sustituibles por otro medio de resolución del conflicto" ("dispositivos extra-metaprocesales"), cuyo máximo ejemplo se halla en el civil, aunque las tendencias modernas, en general, tienden a disminuir el imperio de los particulares en su extensión social Y si las partes "admiten" que se reciba el pleito a prueba, son ellas las que determinan su amplitud y los medios a utilizar, salvo lo que *infra*, se dirá.

La "verdad material" de los hechos residiría en un total conocimiento de los mismos por el juez. Ahora bien, el juez, como persona humana, no puede prescindir de sí misma, de su persona, de su subjetividad. Por mucho que desee obtendrá, a lo sumo —si la ley se lo permite, naturalmente—, una "versión subjetiva de la verdad", y se aproximará a ella mucho; más, a nuestro entender, como la "versión de un hecho" reside en él mismo, y los del proceso no son propios del juez (salvo algunos: sus propios actos de instrucción y de resolución), esa "verdad" la entendemos filosóficamente imposible; los mismos medios de transmisión humanos, la desfiguran, aunque sea involuntariamente. Pero el juez, si la ley se lo permite, y con restricciones que afectan a los derechos fundamentales de la personalidad de las partes, puede "llegar

más o menos cerca de la verdad material", tomando la iniciativa de investigarla: esto es, acudiendo a la "inquisición", "enquisa", "pesquisa". A ello se muestran los ordenamientos más inclinados cuando se trata de un conflicto en el que se halla afectado un especial *ius cogens*, el penal; y aun en lo extra-penal, cuando opera dicho *ius-cogens*, como son los procesos sobre la capacidad o incapacitación de las personas, los de divorcio, separación matrimonial y nulidad de matrimonio. Y aun se va más allá en ordenamientos tan "intradispositivos" como el civil español: recordemos las "diligencias para mejor proveer" que el juez puede ordenar, cuando ya han precluido las alegaciones de las partes, y antes de dictar su sentencia (artículo 340 LEC, LPL).

Siempre en función de su finalidad en concreto, en el seno de un proceso, la prueba, puede clasificarse, para el ordenamiento español, en "rigurosa" o "plena", y "libre", según los formalismos que la rodean, y en vista de obtener la mayor o menor convicción del juez (aunque los "formalismos" de la prueba civil española —v. gr., los que rodean a la "confesión en juicio" de las partes y aun a la prueba testifical—, no son los más apropiados para que el Juez obtenga su plena convicción). Está claro que la "prueba libre" es la más adecuada para el proceso penal, pero sin perjuicio de "formalismos" exigibles siempre (como lo es el de que cada parte tenga conocimiento de las pruebas aportadas por la contraria, para defenderse mediante contra-pruebas), por corresponder a principios fundamentales de todo proceso (la "contradicción", la "bilateralidad", *cfr. supra*). Y es tendencia general el disminuir los formalismos (que pueden hacer a la prueba inadecuada e incluso incomprensible, si se abusa de ellos, amén de su antieconomía) que rodean a la prueba.

[En nuestro ordenamiento aparece la prueba "libre" bajo las palabras "principio de prueba": por ejemplo, artículo 1248 del Código civil, o "acreditamiento", artículo 1325, 1652 LEC.]

2) *Ámbito de la prueba en relación con su admisión por el juez.* Según el orden jurisdiccional y el tipo de proceso de que se trate, el juez o tribunal tienen mayores posibilidades de rechazar pruebas. Así, A) en materia civil el juez no debe admitir de las partes peticiones probatorias que le impongan el ir más allá de la voluntad de la ley, si ésta lo prohíbe —pruebas crueles, inhumanas—: no puede admitir pruebas que le impongan una "inquisición", una "investigación" digna de un proceso penal; debe rechazarlas cuando la misma ley se lo ordene (por ejemplo, cuando la ley excluye como única la prueba testifical), efectuando tal rechazo en la sentencia (artículo 1248 Código civil). A la inversa, puede admitir y pasar a apreciar una prueba admitida y di-

rigida *personalmente* por otro juez (la de "inspección judicial", la más "directa", según el absurdo artículo 1241 Código civil, puede ser apreciada por otro juez; y lo mismo sucede —esta vez de manera necesaria— en los casos que las pruebas se celebren bajo la jurisdicción de otro juez o tribunal, que se halle en otro lugar, por medio de exhortos). B) El juez no debe admitir pruebas que se dirijan contra la cosa juzgada, a no ser que se trate de un "recurso" de revisión; C) El juez está vinculado por las disposiciones transitorias de las leyes que le "sorpandan" en pleno proceso, aumentando o disminuyendo sus potestades en cuanto a la admisión de pruebas; D) El juez —o tribunal, naturalmente— debe rechazar las pruebas "impertinente o inútiles", artículo 566 LEC, en general, y 639 con referencia a las preguntas en la prueba testifical; E) Debe rechazar *ad limine* las pruebas que sean "increíbles" por absurdas (lo cual era frecuente en la Edad Media) o por "inadecuadas" de modo claro (v. gr., admitir como prueba única, en materia no penal —en lo penal, el juez y el tribunal, "de oficio", pueden desarrollar una excelente prueba a partir de una prueba "aparentemente inadecuada"— el testimonio de un niño); F) Debe rechazarlas, como se verá, cuando sean inútiles *ope legis*: las de los hechos notorios, las de los hechos admitidos en el proceso civil; G) Debe rechazarlas por "intrascendentes", cuando la ley así las declare, o bien haya "reglas de la sana crítica" que así las demuestren; todo lo cual no debe impedir, en su caso, la exacción de responsabilidad al juez que así obre (Schönke).

IV. FUENTES DE PRUEBA Y MEDIOS DE PRUEBA

Decía Carnelutti que la "fuente de prueba" es "el hecho del que se sirve el juez para alcanzar la propia verdad" (?) y "medio de prueba" la actividad del juez desarrollada en el proceso. Más claramente se puede decir que "fuente de prueba" es un concepto metajurídico, que "corresponde forzosamente a una realidad anterior y extraña al proceso"; mientras que el "medio" es un concepto procesal. La "fuente" existirá, aunque no haya proceso (así, un documento que preexiste a cualquier proceso pero fuera de ellos); para que sea "prueba" deberemos aportarlo al proceso como "medio" y a través de los "medios admitidos por el proceso". El "testigo" conoce los hechos aún antes de producirse un proceso —la "fuente"—; pero sólo repercutirá en el proceso si lo introducimos como "medio" (Sentis Melendo). Los "medios" de prueba son la exteriorización procesal de las "fuentes". (Di-

ferenciación análoga, no igual, es la de "medios" —como "fuente"— y "materia o elemento" de prueba, Prieto-Castro).

Sin embargo, la aparición del concepto de "cientificidad de la prueba" va contra estas distinciones; ya que sería, en su caso, el mismo juez —si le es posible por sus conocimientos— quien crea *ex profeso* la "fuente" probatoria y la utiliza como "medio" en el mismo proceso: serían casos de "utilización de su ciencia privada" (Denti, Oppetit) evitando así un abuso de la llamada "prueba pericial". Otro punto de conjunción posible entre "fuente" y "medio" de prueba, se halla en materia pericial, sobre todo, si tenemos en cuenta la existencia de tribunales periciales, integrados por peritos en la materia litigiosa (el caso español del Tribunal de las Aguas de Valencia, y de los Jurados de Riego de la Ley de Aguas de 1985). Más adelante reasumiremos el problema, ligado con el de "la apreciación de la prueba" y la existencia de las "reglas de la sana crítica", y su amplitud. Pero esta tendencia de admitir la "cientificidad de la prueba" con carácter total, nos llevaría al "robotismo" judicial (Denti, Gorphe, argumentado en Lévy-Bruhl, Cappelletti).

V. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS NORMAS DE PRUEBA

Por hallarnos en un terreno en que se trata de "hechos" "materiales" —en sentido lato— las normas probatorias, pueden hallarse en el campo de lo procesal o de lo sustancial (Goldschmidt, Chiovenda, Couture, etcétera): se ha dicho que las normas sobre "la forma de desarrollarse la prueba" son procesales (y en efecto lo son, con las restricciones que se verán) y las que rigen el grado de efectividad de la prueba —prueba "de los hechos", no lo olvidemos— son materiales. Algunos códigos, entre ellos los españoles, han contribuido a aumentar la confusión: así, en el Código civil, la prueba se refiere —parece— sólo a la "de las obligaciones" (artículo 1214 y ss.) cuando en realidad tiene mucha mayor amplitud, y además, en este Código, se hallan normas netamente procesales, como las del artículo 1235 ("confesión"), 1241 ("inspección judicial" bajo el principio de "mediación", por otro juez, artículo citado), 1253 (elaboración de las presunciones).

Como pautas de diferenciación entre normas procesales e iusmateriales probatorias, pueden citarse las de que, A) si son normas destinadas a fijar la existencia de ciertos actos jurídicos extraprocesales, de "solemnidades" en su formación, sin las cuales, por ejemplo, un documento público no lo es por defectos en su elaboración, se trata entonces de normas iusmateriales; de otro lado, si se trata de normas destinadas

a guiar al juez en la formación de su convicción, (por ejemplo, las "reglas de la sana crítica", artículos 609, 631 y 659 LEC; 717 LECRIM, "reglas del criterio racional"; y 1253 af. Código civil, "reglas del criterio humano"), entonces se trata de normas procesales que, incluso, pueden hallarse fuera del campo de las "leyes jurídicas" y dentro de las físicas, químicas, médicas, matemáticas, etcétera; B) las normas que limitan ciertas pruebas pueden hacerlo por motivos procesales (las de la admisibilidad de los testigos, artículos 1245 y ss. Código civil), pero también por una motivación iusmaterial (la simple prueba testifical en los juicios de estado civil, por la extremada gravedad de sus posibles resultados); C) en las "presunciones" aparece un mecanismo diferente según sean legales o judiciales: a) las "legales", preestablecidas por la ley, en base a "una experiencia histórica de normalidad de resultados dadas ciertas premisas", no son procesales; sirven para facilitar la labor del juez, pero, b) las "judiciales" son procesales en cuanto a su construcción, que no es sino un complicado "iter" procesal que va desde la prueba de los "indicios" al establecimiento de la "presunción", obrando por inducción, por inferencias probabilísticas.

Pero hay que tener en cuenta, en la "forma" de desarrollarse la prueba, que ésta, en materias no penales públicas —y en no pocos casos de tipo laboral, o contencioso-administrativo—, puede "desarrollarse" fuera del proceso; en el desarrollo de una autocomposición, sea conciliación, sea "amigable composición" (no vemos razón para renunciar a estos acertados vocablos), sea "arbitraje", sea la simple "resignación" ante una argumentación y prueba del contrario, que el que se "resigna" estima suficientes las pruebas para no resistir judicialmente. En todos estos casos, no hay proceso, ni formas procesales y sin embargo hay prueba: en tal caso, sus normas son las de derecho material, si los interesados las cumplen; de no hacerlo —no hay manera de exigirselo, ya que todo se está desarrollando "en privado"— y aquello de que trata está dentro del marco de la autonomía de la voluntad, reconocido por los ordenamientos jurídicos, no hay inconveniente en admitirlo como prueba; naturalmente, *sin valor procesal alguno*; más valor material "negativo", si tales actividades constituyen un fraude a la ley o a tercero (argumentado en el artículo 11 LOPJ, pero aplicando su espíritu al campo privado de la autonomía de la voluntad de los intervinientes.) Esta es la importante limitación del carácter procesal de las "formas de practicarse la prueba": en resumen, que no se trata de normas procesales, ya que puede no haber proceso alguno, si se producen en tales supuestos. El problema de si son "normas procesales" o "materiales" solamente se planteará, naturalmente, cuando exista un

proceso. Y, naturalmente, todo ello, reiteramos, *no es aplicable a un proceso "necesario", como el penal, que no depende de la voluntad de las partes* (siempre que no se trate de "delitos privados, naturalmente: y abstención hecha de las confusas aperturas al principio de "oportunidad" de la Ley de 28/12/88).

VI. OBJETO DE LA PRUEBA

1. *Hechos*

Constituyen el campo normal de la prueba, como a partir del principio se viene expresando. Mas dentro de tal campo hay algunas especialidades que interesa examinar desde el punto de vista de su aportación.

A) Se trata del problema de la "ciencia privada del juez" (Stein, Calamandrei, Siegrist, Schönke, Pohle, etcétera). Esto es, del valor que en un proceso tienen "hechos" que el juez ha conocido o conoce "fuera de él", como persona privada, y que no son introducidos en tal proceso por medio de un acto procesal. La pregunta a formularse es: "¿Pueden admitirse en un proceso los hechos de conocimiento *privado* del juez?".

Debemos pensar, ante todo, si el tipo de proceso al cual intentamos introducir los conocimientos, la ciencia privada de su juez, es un proceso "extradispositivo" (esto es, que las partes hubieran podido prescindir de él para resolver su conflicto: el clásico proceso civil liberal) y tras esto "intradispositivo" (esto es, que las partes son las que lo dirigen, las que tienen la iniciativa en cuanto a la aportación cuantitativa y cualitativa de los hechos y aun de las normas jurídicas): en tal caso, *serían inadmisibles los hechos de conocimiento del juez e introducidos por él "ex officio" en el proceso.*

Un caso concreto es claro: el del fallecimiento del poderdante en juicio, que hace que su procurador cese en él; no basta (así se deduce de la LEC, art. 9-7.º) que el juez, como persona particular "sepa del fallecimiento de una de las partes en un proceso que pende ante él": sólo por ello no puede "cesar" el procurador. Precisa que éste "acredite en forma el fallecimiento" (aportando a los autos un certificado de defunción).

Pero si nos imaginamos un tipo de proceso asimétrico en que el *dominium litis* es del juez, y a él le corresponde la obligación de reunir hechos y de formar con ellos la parte fáctica del proceso, entonces desaparece el escrúpulo, y el conocimiento, la ciencia privada del juez,

sería admisible en tal proceso. Y he aquí al proceso penal. La LECRIM, durante el sumario, es un tanto "inquisitiva" y admite que el juez introduzca en la misma hechos "de oficio"; pero obliga a adoptar determinadas "formas" (por ejemplo, en cuanto al descubrimiento de un cadáver y determinación de las causas de fallecimiento, artículos 340 y ss. LECRIM: pero nótese que la misma habla de una "inspección judicial"; esto es, el juez no está actuando "particularmente").

Sólo en casos extremos (en aquéllos, ya examinados, en los que la no iniciación de un proceso penal por supuesto delito público *ex officio*, por falta de querrela o denuncia, conllevarían la impunidad del delito, y que provocan un trastorno importante en los principios del derecho procesal) podría admitirse la "entrada directa en el proceso, del conocimiento privado del juez": y ello porque el juez, actuando en su vida particular, conoce un hecho y se comporta como un testigo y no como un juez que desarrolla una "inspección judicial" (Beling).

La LEC española ya hemos dicho, reiteradamente, que es muy intradispositiva; sin embargo, hay un "momento procesal" en todos los declarativos en el que predomina la iniciativa judicial, lo "inquisitivo": el de las "diligencias para mejor proveer".

Ya dijimos que con anterioridad a la Ley de 6/8/84, en materia civil, no se admitían las declaraciones testificales "para mejor proveer", ya que ello *significaría que el juez conocía a testigos que no le habían sido aportados por las partes* (Prieto-Castro, Guasp, Fairén Guillén). Por ello la citada Ley, siguiendo la doctrina correcta, pasó a admitirlas así: "Examinar testigos sobre hechos de influencia en el pleito, siempre que su nombre constase en autos, aunque fuera por alusiones de las partes u otros intervinientes." Esto es, "la iniciativa", aunque indirecta, corresponde, en su caso, a las partes.

La LPL fue pionera en la admisión de diligencias de prueba testifical "para mejor proveer"; pero téngase en cuenta que en el elaborar el juez mentalmente sus resoluciones, esto es, cuando no cabe hablar ni de "dispositivo" ni de "inquisitivo" en sentido procesal, *la mente investigadora siempre inquiere*: y cuando la finalidad de esta investigación se haya de llevar al proceso, es lógico que el juez "introduzca en él su propia inteligencia", sin necesidad de acudir a auxiliares. De ahí que, tras meditación sobre cada caso, el juez instructor penal pueda llamar a un testigo "supuesto" por él y cuyo nombre aún no conste en autos: el artículo 340; el juez "buscando testigos de conocimiento" de un cadáver; todo ello es proclive a la admisión de una ciencia privada del juez, que no es sino... la de la indivisibilidad de su personalidad: "el juez pensante" es antes *homo sapiens sapiens, in genere* que "juez", y, por lo

tanto, ninguna parcela del "pensar" se le puede prohibir; y no se puede impedir que lleve sus "pensamientos" al proceso. Lo cual aparece netamente claro en el proceso penal, en su etapa instructoria sobre todo.

Esta es la respuesta a quienes pretenden el absurdo de que haya "procesos sin instrucción".

Debemos tener en cuenta, de otro lado, que la "ciencia privada del juez" es una idea lindante con la del conocimiento de conceptos, de "cosas" —en general— que se hallan no solamente en su patrimonio mental o cultural, sino en el de toda la comunidad: esto es, se halla en frontera con la idea de las "máximas de la experiencia", aunque sea traducidas a un ámbito lingüístico más "moderno", a "premisas de racionalidad" (concepto también utilizado acertadamente en España, artículo 717 LECRIM) del convencimiento del juez, determinadas por el valor de su probabilidad" (Taruffo).

Cfr. infra, sobre este punto.

B) Los hechos no controvertidos o "confesados". De nuevo nos hallamos ante la dicotomía entre lo "dispositivo" y lo "oficial". La "no discusión", por una parte, de los hechos presentados por la contraria, en momento procedimental extraprobatorio (en sus alegaciones), o su "adhesión" a los mismos —la llamada "confesión"— en el estadio probatorio, en un sistema procesal intradispositivo, producen la exención de prueba de tales hechos. Basta con que las partes, de tales maneras, los hayan excluido. Con lo cual aparecen los "actos dispositivos del proceso por las partes", al menos desde que tales actos de adhesión o reconocimiento de hechos se produce; el proceso puede terminar.

Pero cabe el riesgo —constante— de que un exceso de las facultades de las partes, en cuanto al reconocimiento de hechos, imponga al juez el dar al litigio una resolución absurda, irracional o, al menos, sospechosa de contener un dolo y aún un fraude, lo que exige que esté proveído de medios para luchar contra tales anomalías inadmisibles. Así lo anuncia el art. 11 LOPJ. Esto es, no se debe nunca llevar el sistema dispositivo intra-procesal hasta el extremo de hacer a la institución estatal o comunitaria "proceso", cómplice de sucios manejos por parte de individuos, o de colectividades.

De ahí que, incluso en materia civil, la no exención de prueba de los "hechos no controvertidos" y "no necesitados de prueba", aunque sea admitida, de modo expreso (artículo 549, párrafo primero; 565, 604; 580, 637, "confesión bajo juramento decisorio" desaparecida de la práctica, pero que es "formalmente un "medio de prueba" aunque conduzca a la disposición del objeto litigioso") esté disminuida por las posibilidades "oficiales" del juez de introducir hechos no discutidos

en el juicio, admitida en el artículo 340 LEC —ya comentado— 74-4 LCA, y 87 LPL.

En materia penal el sistema es mucho menos dispositivo para las partes en cuanto a los hechos y su prueba. Como ya hemos hecho en otros lugares, deberemos distinguir entre el periodo de "instrucción" o "investigación", y el de "acusación formal", prueba y debate más sentencia.

En el primero, en el que destaca la figura directora del juez instructor, la experiencia histórica, desdichadamente, ha mostrado que la "adhesión" de la parte imputada a determinados hechos que le son propuestos por la parte adversa (los futuros acusadores, el "actor público", mal llamados por la ley "actor" o "acusador" particular, e incluso el MF), puede estar viciado en el consentimiento por el siniestro "hecho" de las "sevicias"; por ello, y muy acertadamente, nuestra vieja LECRIM comienza por liberar al imputado "procesado" de la limitación probatoria que podría significar para él el sujetarla a "juramento" —coerción religiosa— (figura que debe desaparecer de todo proceso moderno; y que fue una clave de la aparición de la tortura como medio procesal) (artículo 387 LECRIM); impide coacciones o amenazas (artículo 389), prolongados interrogatorios que hagan peligrar "la serenidad de juicio" del preguntado (artículo 393); la Constitución de 1978 prohíbe la tortura (artículo 15). Pero tales garantías para el imputado (y se es "imputado" desde un momento variable y muy temprano del proceso penal, artículo 118 LECRIM) hacen que sus declaraciones sean contra, sean en favor de sí mismos, no se tengan como de "hechos excluidos automáticamente de ser probados" ulteriormente, en el "juicio oral". Sencillamente, la LECRIM considera que *los "hechos admitidos por el imputado durante la instrucción en sus declaraciones, no deben tenerse como probados*. E insta al juez instructor a *comprobar su veracidad* (que no es posible "imponer" a dicho imputado por medio de tortura) por otros medios: la LECRIM, aunque defectuosa terminológicamente en este punto, está bien orientada: "La confesión del procesado (dice, con notorios errores, el artículo 406 LECRIM; errores graves, ya que no se ha tratado de "confesión" al no haber ni "juramento" ni "procesal solemne", y el declarante puede no estar aún "procesado") no dispensará al juez de instrucción de practicar todas las diligencias necesarias a fin de adquirir el convencimiento de la verdad de la *confesión* y de la existencia del delito". "Con este objeto, el juez instructor interrogará al procesado *confeso* para que explique todas las circunstancias del delito y cuanto pueda contribuir a com-

probar su *confesión*, si fue autor o cómplice, y si conoce a algunas personas que fueren testigos o tuvieran conocimiento del hecho."

En el "juicio oral" precisa diferenciar dos figuras: las de la llamada "confesión del acusado" (?), mediante la que, como en el derecho inglés, en España impera el *plea not guilty* o el *plea guilty*, pero limitado a penas no superiores a los 6 años de privación de libertad; se trata, no de prueba de los hechos, sino, yendo mucho más allá, de "disposición del proceso y aun del derecho penal de fondo" en determinados límites (Fairén Guillén; parcialmente, Alcalá-Zamora Castillo); ya que tales "confesiones" llevan al tribunal a sentenciar, sin que pueda imponer penas mayores a las "conformadas" (y aun puede imponer en la inmediata sentencia pena inferior —sentencia T.S. 29/1/77; o bien "absolver" al acusado "confesante", sin prueba alguna; *Memoria de la Fiscalía del T.S.*, de 1899). Cfr. los artículos 655 —primera oportunidad de "conformarse el acusado con la pena superior que se le pide— y los 688 y ss. LECRIM —segunda oportunidad de hacerlo—.

Pero al lado de estas "conformidades con los hechos sin prueba" implícitas a las "conformidades con las penas solicitadas", se halla la cuestión del "valor de las declaraciones de los acusados en el juicio oral"; naturalmente, de no haber hecho uso del medio "dispositivo intraprocesal" tan potente como es el del *plea guilty* limitado en la ordenación española, así más acertado que la británica.

De un modo curiosísimo la LECRIM omitió sistemáticamente las "declaraciones de los acusados en el juicio oral" en sus "tratamientos"; pero "el espíritu de todo el sistema en que la ley se inspira" (principio de contradicción) —sentencia del T.S. de 28/11/28, muy conocida—, así como mucha más jurisprudencia del T.S. y la constante práctica, amén de las normas de los artículos 729-1 y 741 LECRIM, que aluden a tales declaraciones, hacen que su existencia quede jurídicamente —y aún más en la práctica— probada.

El interrogatorio del acusado en el juicio oral participa de ser un medio de prueba y otro de defensa del acusado (Tomás Valiente, Jiménez Asenjo, Muñoz Rojas, Fenech); si fuere un medio de prueba, lo encuadraríamos en el grado de "simple información para el tribunal" (Silva Melero). Pero en ningún caso debe omitirse el recibir a prueba los hechos declarados por el acusado. (Piénsese en el artículo 746-6º LECRIM). En conclusión, en el juicio oral no caben hechos exentos de prueba. Y aún menos los alegados por la acusación (argumentado en el artículo 741; y antes, su valor por errores supuesto, en el incompleto artículo 733).

Sí es posible que en tales interrogatorios (o careos) el acusado admita hechos; pero no hay ninguna norma que imponga al tribunal el haber admitirlos como probados. Ni que le impida ordenar su práctica para hacerlo. Su apreciación, el tribunal la hará en la sentencia, libremente, según veremos, *infra*.

La introducción, por la Ley de reforma procesal de 28/12/88 y en el nuevo proceso para delitos con pena no superior a doce años de privación de libertad, etcétera, de la posibilidad del fiscal de negociar con el acusado y su defensa sobre la entidad de la pena, y ello, en las tres ocasiones o momentos procesales de los artículos 789-5-quinta, 791-3 y 793-3 —y en la primera sin que haya, ni imputación *formal* ni acusación— puede producir consecuencias incalculables. Desde no aplicarse (y el fiscal general del Estado, en su circular 1/1989, de 8 de marzo, no alude a tales *negociaciones* expresamente), hasta una especie rara de “civilización” del proceso penal a manos de una institución pública como es el fiscal”; sin que en la extensa gama de actividades que caben en el *plea bargaining* —¿los antiguos “negocios” jurídicos procesales, pero en lo penal?— se pueda aquí deslindar el valor de cada una de las exposiciones, declaraciones de conocimiento o declaraciones de voluntad que la parte pasiva pueda hacer. Se trata de un mundo nuevo, creado en Estados Unidos, con la honrada finalidad de obtener economía procesal y penal para el sujeto pasivo; pero puede desviarse como vehículo de tendencias jurídicas insospechadas (hacia el *market system* de los econométricos de Estados Unidos. (Brown, Daley, Easterbrook, hacia el “proceso fraudulento”).

Y estimamos que las “conformidades” del proceso ordinario LE-CRIM, no desaparecen por la introducción del *plea bargaining* (Fairén-Guillén).

C) Hechos notorios. O de conocimiento por un círculo de personas de cultura media, en general, Calamandrei los definió así:

Para que un hecho pueda considerarse notorio en sentido propio no basta que el mismo sea conocido por la generalidad de los ciudadanos en el tiempo y en el lugar en que se produce la decisión. . . No es el conocimiento efectivo el que produce la notoriedad, sino la normalidad de este conocimiento en el tipo medio de hombre perteneciente a un cierto círculo social y por esto dotado de una cierta cultura. . . Se consideran notorios aquellos hechos, el conocimiento de los cuales forma parte de la cultura normal propia de un determinado círculo social en el tiempo en que se produce la decisión.

(Recogido, por ejemplo, por Prieto-Castro, Gómez Orbaneja, Gentile, De Stéfano, Carnelutti, etcétera).

La "notoriedad", por su amplitud, puede diferenciarse en "general", "local" y "en el tribunal".

Doctrinalmente se ha asentado, en cuanto a la prueba de los "hechos notorios", que *notoria non egent probatione; non potest ignorare quod publice notum est; manifesta non egent probatione*.

La LECRIM española, sin embargo, nada dice sobre este punto, y la jurisprudencia sigue la tendencia a sujetar tales hechos a prueba contradictoria (salvo alguna sentencia del T.S. 18/1/1960, cit. por Prieto-Castro). Sin embargo, la doctrina española estima que los hechos "evidentes" para el tribunal, por su trascendencia histórica, deben poder ser admitidos sin necesidad de prueba (por ejemplo, fechas de acontecimientos históricos nacionales o internacionales de especial trascendencia; existencia o inexistencia de Estados y aun de pertenencias a Continentes, etcétera). Y se entiende también que podrían ser apreciados de oficio (Sentís Melendo).

En materia penal, lo notorio aún es de más sospecha: aunque no está en absoluto eliminada su aportación desde el principio (el "tener noticia de algún delito público", artículo 262, a transmitir a un juez, artículo 268 LECRIM) se estima que deben ser sujetos a prueba, ya sean aportados por partes, por terceros o por el propio tribunal, a cuyos miembros, dada la formación que en ellos exige la LOPJ, hay que atribuir una cultura general media (artículo 301 y ss.).

Finalmente, y para diferenciar nociones cercanas, digamos que no es lo mismo "notorio" que "evidente" —ya lo insinuamos *supra*—; de lo primero, se tiene noticia; lo segundo constituye una verdad "axiomática". La historia nos ofrece "hechos evidentes" en gran medida. Tampoco es lo mismo "notorio" que "público", ya que la "notoriedad" puede serlo del llamado "gran público".

(Necesario es, además, poner mucha atención a la multívoca expresión inglesa *evidence*: no pocos traductores novatos caen en la trampa de traducirla por "evidencia" y no por "prueba" directa).

Y que precisa tener muchísimo cuidado con las fuentes de la notoriedad. Los medios de comunicación masiva, en ocasiones, dan a las "masas" noticias falsas (que luego no rectifican con la misma opulencia). Una "noticia" dada por tales medios puede mover al "público" a una reacción determinada, que luego se demuestre... producirse sobre una base falsa. Lo que la provocó fue una falsa noticia, una "difamación extrajudicial" que puede producir grandes perjuicios a individuos, personas jurídicas y aun a los propios Estados.

D) Máximas de la experiencia. O normas de la experiencia. Stein las definió como "juicios hipotéticos de cualquier contenido, independientes del caso que se examina en el proceso concreto y de los hechos que lo componen, obtenidos de la experiencia o de la ciencia, pero no vinculados a los casos singulares de cuya observación se inducen, y por ello con validez para otros".

Se trata de una categoría intermedia entre los simples "hechos" puros "individuales", podríamos decir, y "hechos" de trascendencia en un gran círculo de la actividad humana. Debe emanciparse esta noción de la tentación de colocarla en la "premisa mayor" del "silogismo judicial", dada la inexistencia de tal "silogismo" (si fuere tal, las sentencias incongruentes o injustas no serían tales, y, sin embargo, lo son). Y en vez de ello, lo cual prestaba un flanco muy amplio a la crítica (Denti, Ekelöf), se debe acercarlas, pero sin confundirlas, a una estimación de la "racionalidad del convencimiento del juzgador sobre el hecho, determinada por el valor de probabilidad en que se funda la inferencia probatoria" (Taruffo). Aclarando estas frases (en las que escapó a su autor el examen del artículo 717 LECRIM española): "Las declaraciones de las Autoridades y funcionarios de policía judicial tendrán el valor de declaraciones testimoniales, apreciables como éstas según las reglas del criterio racional": cfr. el estudio de las "reglas de la sana crítica" en Denti.

Estas "máximas de la ciencia o de la experiencia", entendemos que, en realidad, pueden llegar a ser "normas", no jurídicas, cuyo conocimiento no corresponde a la "cultura media del Juez en campos que no sean el de lo jurídico". Pero "normas". Los juristas, muy orgullosos, hemos pretendido apoderarnos del concepto de ley, sin fijarnos en que estamos ante todo, como hombres, sujetos a una multitud de ellas... *que no son jurídicas, sino biológicas, médicas, físicas, químicas, etcétera.* Estas "normas" cabrían entre las llamadas por Stein, "principios o máximas de la ciencia", pero al ser, en no pocos casos, desconocidas del juez, deben ser objeto de prueba, de una prueba pericial en casi todos los supuestos. ¿En dónde colocarlas en el proceso? Como un "medio" "racional" —he ahí la expresión del artículo 717 LECRIM, tan olvidado—, "humano" (artículo 1253 Código civil), "de la sana crítica" (artículos 609, 632 y 659 LEC) de llegar a obtener la "libre convicción" (Sentis Melendo, Fairén Guillén), lo que no ha sido totalmente reconocido por otros autores, al oponer la "intima convicción" con el "camino" que a ella lleva (Denti).

La "libérrima convicción" (Ekelöf) que operó en Francia en la formación del "Code d'Instruction Criminelle" debe ser adquirida por

"medios racionales" (argumentado por Stammler); a esos medios racionales, a tales "fundamentaciones" aluden directamente el artículo 717 LECRIM española, y desde 1855, las "reglas de la sana crítica" de la LEC, de aquel año (artículo 317), y de la de 1881 (609, 632, 659 (Sentís Melendo).

Aquí nos encontramos con una categoría que no es la de "hechos puros" ni de "normas jurídicas puras" que, en ocasiones, tienen categoría de "normas" —hemos puesto ejemplos— y en ocasiones no, pero sí de principios generales de la conducta humana a seguir: de aquí que cuando, por su dificultad, sea incluso filosófica, no puedan ser sujetas al conocimiento del juez como tal, haya de ser objeto de prueba. Hemos estudiado casos sometidos incluso al juicio del T.S. en que todo giraba en torno a una "máxima de la experiencia", o mejor dicho, a "un principio de la ciencia"; así, cuando se enfrentó con "el principio de la ciencia" del artículo 663 Código civil, sobre incapacidad para testar para "el que habitual o accidentalmente no se hallare en su *cabal juicio*" (sentencia de 11/12/62, Fairén Guillén), o bien cuando entró a examinar el alcance del concepto "incapacidad por sordera" (sentencia de 22/12/61, Fairén Guillén): él mismo creó una "regla de la sana crítica" en materia de medicina, tras el examen de gran cantidad de casos: "el dictamen pericial —médico— formulado sin la inspección directa de un enfermo (esto es, sólo mediante el estudio de su historia clínica, resultados radiológicos y de análisis) cede ante los que se hayan elaborado sobre la base de dicha inspección directa" (múltiples sentencias de la Sala de lo Laboral del T.S., Fairén Guillén).

En otros casos, las "reglas de la sana crítica" aparecen como expresadas en las leyes: "la buena fe" —exigida incluso en la LOPJ, artículo 11—, las "buenas costumbres", "la diligencia de un buen padre de familia", los "usos mercantiles", etcétera.

No es solamente buena "la tendencia bastante uniforme en el sentido de individualizar en la racionalidad la manifestación objetiva del libre convencimiento del juez" (Denti) —tendencia ya conocida por nuestra LECRIM de 1882, en su casi desconocido artículo 717—, sino que actualmente, por ejemplo, en el terreno del derecho laboral, asistimos a una lógica y verdadera "invasión de la medicina", que va desde las definiciones médicas, figurando al frente de colecciones de normas jurídicas (jurídico-médicas), hasta auténticos índices de enfermedades y de sus tratamientos. Todo ello "juridificado": en "normas jurídicas", las cuales proveen al juez laboral de "principios de la ciencia"; pero que... precisa probar si se debe dictar una sentencia sobre su concurrencia o no en cada caso práctico litigioso propuesto. Cosa análoga

ocurre en materia penal, y no sólo por necesidades del auxilio médico a los jueces penales, sino de las ya constituidas en ciencias auxiliares, como la criminología, la sociología, la psicología, etcétera. El propio Stein hubiera variado su definición. Y los partidarios de la "libre convicción del juez sin tener en cuenta cómo se ha formado", quizás hubieran comprendido su error.

En resumen: las "máximas o principios de la ciencia y de la experiencia", en España, aparecieron —mucho antes de la obra de Stein— con los nombres de "reglas de la sana crítica", "reglas del criterio humano" y "reglas del criterio racional" (LEC, Código Civil y LECRIM, respectivamente), como una categoría, basada en hechos, que se halla entre éstos y la "norma jurídica", siendo, a nuestro entender, "normas no jurídicas"; por lo tanto, si el juez, en su "cultura media", las ignora, por ser "específicas de un campo científico, técnico o práctico" fuera de su alcance, deben ser sujetas a prueba, prueba que será seguramente la pericial. O se reducen, en el peor de los casos a simples "hechos reiterados".

2. La costumbre

Aunque, según el art. 1º-1 del Código civil, es una fuente del derecho, éste pasa inmediatamente a la ficción de que "resulte probada", esto es, que la parte que la alega la pruebe, como si de hechos se tratasen. Esto es criticable y debería haber proveído desde ha mucho tiempo a la confección de "libros de costumbres", a reexaminar periódicamente para observar la aparición de las nuevas, la transformación de las *vigentes* y la desaparición de otras. Algunas loables iniciativas particulares (Costa, Pedregal, etcétera) cayeron en el olvido. Una gran parte del acervo jurídico nacional se halla ahí, expuesto a perderse. El artículo 125 de la Constitución, al admitir expresamente "la participación de los ciudadanos en la Administración de Justicia... en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales", ha puesto el tema de nuevo sobre la mesa; la LOPJ, en su artículo 19-2, declarando "Tribunal Consuetudinario y tradicional" al "Tribunal de las Aguas de la Vega Valenciana", y la Ley de Aguas de 1985, al elogiar el sistema procesal del mismo en su "Preámbulo", confirman la necesidad de estudiar "las costumbres" y de "recopilarlas y atender constantemente a la renovación de tales recopilaciones"; por nuestra parte, la 2ª edición de nuestro libro sobre el Tribunal de las Aguas de la Vega Valenciana y su proceso, nos legitiman para hacer estas propuestas —ya hechas desde

muchos años ha, y no sin éxito, al menos, en cuanto a trabajos surgidos del estudio de costumbres jurídicas españolas. (Recoger, sin perturbar.)

Pero mientras tanto, según el Código civil, "hechos a probar son".

3. *El derecho extranjero*

Según el art. 12 del Código civil, "la persona que invoque el derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos por las leyes". "Sin embargo, para su aplicación, el juzgador podrá valerse, además, de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas."

En resumen: 1º, contenido de la norma extranjera que se alega; 2º, vigencia de la misma; 3º, prueba, por medios amplísimos, entre los que no hay que desperdiciar los de consultas a entidades especializadas en derecho extranjero o derecho comparado oficiales, facultades de derecho, etcétera.

Nótese, de otro lado, la existencia de una creciente cantidad de tratados internacionales a los que España se ha adherido como parte. (Fundamentales, el de Roma, de 1950 y el de Nueva York de 1966, *cfr.* art. 9-2 CE 1978.)

Debidamente traducidos, son derecho español, salvo restricciones enunciadas en el instrumento de su aceptación o ratificación, y por lo tanto, no sujetos a prueba.

4. *Los hechos protegidos por una presunción legal*

Todas las operaciones de elaboración de la presunción, fueron efectuadas por la ley, de manera que al juez o tribunal sólo le queda aplicar el resultado legal. Las "presunciones legales de hecho" deducen de un supuesto de hecho fijado por la ley, "la concurrencia de una situación distinta o complementaria" (Gómez Orbaneja). Así, en el Código civil, art. 193, tercero (fallecimiento, por violencia, subversión), 194, segundo (*idem* por naufragio), 434 (posesión "de buena fe"), 436 (posesión disfrutada en el mismo concepto en que se adquirió), 1361 (bienes gananciales), etcétera. Aquí se debe probar el "hecho base de la presunción" —indicio, quíerese lo que se quiera—: en el caso de presunción de fallecimiento durante una subversión, no se ha de probar tal subversión, sino la falta de noticias del interesado durante seis meses tras haber cesado aquélla; en el caso de su desaparición en naufragio, no se habrá de probar el naufragio, sino el plazo a contar "desde las últimas noticias recibidas", etcétera; lo mismo en caso de desaparición

en una aeronave, artículo 194, párrafos cuarto y quinto: aunque redactados de manera defectuosa.

Si se tratare de "presunciones legales de derecho", quien resulta favorecida por ella no ha de alegar hechos; corresponde a la otra parte destruir la presunción, mediante la aportación de hechos contrarios y adecuados.

VII. LA CARGA DE LA PRUEBA

1. Ideas generales

Aunque parezca paradójico, es una consecuencia de la "falta de prueba". Cuando en proceso, las partes no aportan "espontáneamente" los elementos probatorios (no importa cuáles: el caso es que reconstruyan el supuesto de hecho acertadamente), la ley indica a cuál de ellas corresponde el "probar" cada hecho determinado, ya que, al final del proceso, el juez no puede sentenciar *non liquet* (Sentis Melendo, Micheli, Gómez Orbaneja, Prieto Castro). Por lo tanto, de esta idea ya se puede extraer que la de la "carga de la prueba", por "falta de prueba previa", se halla en íntima relación con la vigencia de los sistemas oficial o dispositivo-intraprocesal".

Por ello algún autor (Micheli) ha ligado el fenómeno con la categoría de la llamada "prueba legal"; pero no examinando a ésta como un resultado de un determinado sistema de su apreciación (lo que haremos nosotros, *infra*), sino como "existencia de reglas de juicio, en virtud de las cuales el juez es colocado en la condición de pronunciarse; en todo caso, aun cuando él no esté en situación de formarse la propia convicción acerca de la existencia de hechos de importancia". El juez que se encuentra en este trance halla en la ley una norma que le indica cómo debe examinar la situación fáctica para llegar a una convicción sobre la misma, o para resolverla en el caso de no poder llegar a ninguna convicción. Es una especie de "orden de prueba" dictada contra quien no probó; orden que el juez recibe de la ley. De ello que todo lo referente a "la carga de la prueba" sea casi totalmente diferente en lo penal.

Se pensó, sobre la naturaleza de "la carga de la prueba", que era una categoría de derecho material (por ejemplo, Leonhardt); una especie de "fotografía del derecho privado" y, en efecto, son las normas de derecho material las que suelen regular la "distribución de la carga de la prueba" sin pensar en la posible existencia de un ulterior proceso (Prieto Castro): pero a nosotros nos interesa la versión "intraprocesal" de

tal distribución; esto es, no el concepto material en abstracto, sino su función procesal en concreto; y esta función procesal aparece "al final casi" del proceso en concreto, cuando el juez se halla con que ninguna de las partes ha probado el hecho que constituye, impide o que extingue, los que sean bases de la aplicación de la norma a aplicar.

Y de nuevo aparece esto: si el juez está autorizado por una ley a "ordenar la prueba por sí mismo, con independencia de que las partes la pidan y practiquen o no", el problema de la "carga de la prueba desaparece prácticamente, ya que la hace recaer sobre él mismo. Y para él no se trata de una "carga", imperativo de su propio interés (Carnelutti), sino del interés en el desarrollo de una función pública, como lo es la de administrar justicia. Toda la teoría de la "carga de la prueba" se ha transformado en la más simple doctrina —y puesta en práctica— de la obligación del juez de dictar sentencia; obligación que, como sabemos, reposa a su vez, nada menos que en una potestad superior que el ordenamiento jurídico le ha confiado ("juzgar y ejecutar lo juzgado", artículo 117 Constit. y 2 LOPJ). De análoga manera, y en el campo de ejemplificación, en una balanza, descargados sus platillos, su equilibrio radica en que el mayor peso se halla en el fiel, no en que el fiel deje de pesar; si los dos platillos se hallan igualmente "cargados", la aguja de la balanza vuelve a señalar el fiel. Así ocurriría con un tipo de proceso inquisitivo en que todo "el peso" (elegimos otra palabra distinta de la de carga) de la prueba recayera sobre el juez o tribunal.

De todo lo expuesto se deduce que los problemas aparecen cuando "se han alegado hechos a probar" en el proceso: y esto ocurre en el tipo de proceso isonómico intradispositivo, y no el asimétrico inquisitivo, en el que no se precisarían "alegaciones de parte" sino simple orden del juez de introducir o no tales o cuales hechos.

De aquí la relación de los problemas de "la carga de la prueba" con el que significa el de "la doble versión de los hechos" que las partes han dado al juez en sus alegaciones (Carnelutti). Si un ordenamiento concede a las partes plena libertad en cuanto a aportar o no a "su" proceso el material de hecho de que dispone, en tal caso, se corre el peligro de excederse (Guasp). Al juez corresponde, no el papel de antiguo "inquisidor", sino mejor el de "recogedor y examinador de las pruebas presentadas"; pero este moderado papel no podría desempeñarlo si se halla ante unas partes... que no le aportan nada. Quizás pudiera considerarse el problema de la carga de la prueba como una especie de "sanción" contra las partes que no adoptaron dicha posición facilitadora de la solución justa del proceso.

Sin sistema "dispositivo intraprocesal" (esto es, reconociendo que el ciudadano no haya "dispuesto" del proceso, no acudiendo a él, sino a otros medios de composición de conflictos, lo cual no puede hacer en materia de delitos públicos ni en otras materias de *ius cogens*), no cabe examinar "la carga de la prueba"; mejor dicho, y como ya se habrá comprendido, "los problemas de la distribución de la carga de la prueba". Y, reiteramos, de sus facetas oficiales —o asimétricas, o inquisitivas, aunque, naturalmente, en un sentido moderno, y no en el antiguo, que en esta ocasión aplicaba Sentís Melendo— se deduce que todo lo referente al problema que ahora nos ocupa, tiene diferente impostación y soluciones; el proceso penal, tan descuidado históricamente, no puede ser una fotocopia del civil.

2. La distribución de la carga de la prueba en lo civil

A) La distribución hecha por la ley material. El juez se halla con gran parte del problema resuelto. Las leyes materiales contienen numerosas "atribuciones probatorias" que, en caso de proceso, operan como "cargas"; puede, entonces, hablarse, como Micheli decía, de "una carga legal de la prueba". Así, hay ejemplo en los artículos 33 Código civil (commerciencia); prueba de la mala fe de la posesión (artículo 436); prueba de la identidad del testador (artículo 686 segundo); prueba de la no existencia de la causa de deshereditación (artículo 850); de conocer el testador el ser ajena la cosa legada (artículo 861, segundo); de la inexistencia de la ilicitud de la causa del contrato (artículo 1277); de la pérdida de la cosa debida sin culpa del deudor, frente a la presunción y el uso de las cosas por el comodatorio (artículo 1750, segundo); del pago de lo indebido y del error con ello cometido (artículo 1900) (*Cfr.* Prieto Castro). En el Código de comercio hallamos: prueba del accidente en el transporte marítimo (artículo 361, tercero); de la preexistencia de los objetos antes del incendio (artículo 405); de la provisión de fondos al librador o al tercero (artículo 458); de la "no fehaciencia del conocimiento" por los aseguradores (artículo 709); de la pérdida de los objetos del contrato a la gruesa o riesgo marítimo o préstamo (artículo 731, segundo) (Prieto Castro).

B) Si la ley material no fija una regla especial para la distribución de la carga de la prueba, es necesario ascender a sus principios generales. Arrancando, en parte, de antiguos brocardos, se ha llegado a conclusiones más concretas: corresponde al actor la carga de la alegación y prueba consecuente de los *hechos constitutivos* de su derecho; y

corresponde al demandado la carga de la alegación y prueba de los hechos *impeditivos* de la producción de los efectos constitutivos, y las de los que *extinguen* o *excluyen* tales efectos (Prieto Castro, Gómez Orbaneja, Sentís Melendo, Rosenberg, Micheli, Buzaid).

La LEC española, en su artículo 1214, dice que "la prueba de las obligaciones" incumbe "al que reclama su cumplimiento", y la de su extinción "al que la opone".

Aunque de manera algo rudimentaria, aquí está expresada la moderna doctrina sobre la distribución de la carga de la prueba en lo civil.

Mas en la práctica hay dificultades para determinar exactamente cuáles son los hechos constitutivos o impedimentos (por ejemplo, la seriedad y no el *dolus bonus* de una parte en contrato) y las expresiones legales, de "principios y, a seguida, excepciones" no ayudan demasiado en ocasiones (Prieto Castro).

3. *Casos de inversión de la carga de la prueba*

Procede de exigencias de la propia figura jurídica sobre la cual se reclama (de la pretensión); las "pretensiones negativas" deben llevar consigo una distribución de la carga de la prueba opuesta a la de las "positivas"; en ocasiones habrá de probar, no hechos, sino "inacciones" —que son, en realidad, una manera de "hacer"—; además, pueden influir consideraciones de buena fe, de equidad, etcétera. Y en tales casos —hay algunos distribuidos por nuestras leyes— debe "probar" la parte que en caso "normal" no debería hacerlo. Recuérdese la antigua —y moderna— "acción de jactancia de la Partida III, título II, ley XXXXVI, de la familia de las declarativas negativas.

4. *La carga de la prueba en el proceso laboral*

Lo dicho hasta aquí sobre "la carga de la prueba" es válido para el proceso laboral general.

5. *La carga de la prueba en el proceso penal*

El principio más moderno, y amplio a la vez, sobre distribución de la carga de la prueba (más que los de su distribución en lo civil, que, aunque correctos, en muchas ocasiones son sobrepasados en la práctica por las ideas subjetivas de "ataque" y "defensa" de ambas partes), es el de que "incumbe a cada parte alegar y probar los hechos que formen el supuesto de la norma favorables; es decir, de aquellos

en que se funda su pretensión" (Prieto Castro). Debería añadirse: "o su resistencia a la pretensión".

Este principio, mucho menos concreto que los anteriores, es el más adecuado al proceso penal (Fenech). Y sobre estas "cargas" de las partes, tengamos en cuenta que "hay una carga general de averiguar la verdad, que pesa sobre el juez o tribunal", con lo cual, como decíamos, desaparece toda la problemática, según se ha visto. Ello se encuentra en el artículo 2º LECRIM:

Todas las Autoridades y funcionarios que intervengan en el procedimiento penal cuidarán, dentro de los límites de su respectiva competencia, de consignar y apreciar las circunstancias, así adversas como favorables, al presunto reo; y estarán obligados, a falta de disposición expresa, a instruir a éste de sus derechos y de los recursos que pueda ejercitar, mientras no se hallare asistido de defensor.

a) Durante la instrucción. Dice, a nuestro entender, acertadamente, Gómez Orbaneja, que:

en cuanto el juez investiga y se instruye, no puede hablarse de actividad probatoria de las partes, ni siquiera con propiedad de prueba. En cuanto al juez, reúne piezas de convicción de todo orden, y libros, documentos y papeles, no prepara siquiera actos de prueba de las partes en el juicio, porque, según el artículo 726, todos los elementos así reunidos, en cuanto "puedan contribuir al esclarecimiento de los hechos o a la más segura investigación de la verdad", ha de examinarlos el tribunal por sí mismo, sin que las partes tengan que pedirlo ni menos realizar por sí la producción de tales medios probatorios. . . El acarreo de pruebas materiales en el sumario prepara, con relación a determinados medios de prueba, la actividad probatoria del juicio, pero ni la suple ni la adelanta. Los actos reales mediante los cuales el juez instructor reúne esos objetos para su ulterior examen o inspección, aunque se hagan con vistas a la prueba, no son en sí actos de prueba. . .

(Otra cosa es que, por corruptelas en el juicio oral, estos elementos sumariales "se transformen" en medios probatorios con exceso en la "reproducción de diligencias sumariales", artículo 730 LECRIM) (*cfr.* Serra Domínguez).

Tampoco la actividad probatoria del juicio oral, que forma la principal porción del acto público. . . se compone exclusivamente de actos de parte. Acabamos de ver que, según el artículo 746, por lo que

hace a la prueba documental y la inspección ocular, el tribunal examina por sí los documentos y demás piezas de convicción, sin necesidad de que las partes se lo pidan *ni tengan la carga de la producción de esos medios*. Por lo que se refiere a los restantes, es cierto que el artículo 726 dispone que no podrán practicarse en el juicio otras diligencias de prueba que las propuestas por las partes, y que son las partes, en nuestro sistema positivo, las que interrogan directamente a testigos y peritos. Pero esta disposición, *que parece dejar a las partes la carga formal de la prueba*, pierde todo su valor en vista de la facultad que el número 2º del artículo 729 asigna al tribunal de suplir "ex officio" la iniciativa de los contradictores.

[Además, toda "la carga formal de la prueba" —esto es, la situación jurídica de cada una de las "partes" absolviendo la que le corresponda— queda o puede quedar absolutamente trastornada, "revuelta", si el tribunal, a tenor del artículo 746-6º, a la vista de "revelaciones o retractaciones inesperadas produzcan alteraciones sustanciales en los juicios, haciendo necesarios nuevos elementos de prueba, *ordena alguna sumaria instrucción suplementaria*".]

La realidad parece estar en que, siendo los problemas de la carga de la prueba, una secuencia del sistema "dispositivo intraprocesal", como en lo penal no se debe admitir nunca con la amplitud que en lo civil, ya las premisas de tal problemática se desvanecen.

De aquí que, para lo penal, la adopción de la idea de "la carga de la prueba" haya llevado a promover, previamente, una distinción entre "carga formal" y "carga material". Según la primera, la "carga" corresponde a quienes se hallen en situación de partes; si ellas "no prueban" el juez no puede subrogarse en su lugar y "probar él mismo" (y habría de resolver el proceso penal, o bien por el prohibido *non liquet* o "sin pruebas", verdadera monstruosidad). Así pues, esta "carga formal de la prueba" en lo penal, no existiría (Goldschmidt).

Según la idea de "la carga material de la prueba" el juez precisa normas para el caso de incertidumbre sobre los hechos; normas imprescindibles" (Rosenberg, Gómez Orbaneja). En lo civil, ya conocemos la respuesta: la carga de la prueba de los hechos constitutivos corresponde al actor; la de los impositivos y extintivos, al demandado.

En principio, cabría aplicar la misma distribución a lo penal. "En términos generales puede decirse, siguiendo a Saraceno, que hechos constitutivos de la relación penal son los delitos —incluyendo, naturalmente tanto la actividad como el resultado—, así como las condiciones de punibilidad y de procedibilidad (*cf. supra* en esta obra, su confusión con el fondo del asunto o, al menos, su falta de "fronteras"

con éste). [Para nosotros, lo decisivo, como "hechos constitutivos" son los de la legitimación activa que coincide con el fondo, con el delincuente.] Y hechos extintivos son las causas de extinción del delito o las llamadas circunstancias de exclusión de la pena; pero estas últimas sólo pueden considerarse hechos extintivos cuando concurren después de la consumación del delito; en otro caso, su eficacia no debe calificarse de extintiva, sino de impeditiva. Así, son circunstancias impeditivas la legítima defensa, el estado de necesidad, el consentimiento del ofendido, etcétera. Mientras que el arrepentimiento espontáneo activo (cuando excluye la punibilidad; caso del artículo 57 bis, b) del Código penal, Ley de 25/5/88 y no sólo cuando aminora la pena), la prescripción y la amnistía son hechos puramente extintivos" (Gómez Orbaneja).

Pero aún cuando el proceso penal, en el sistema acusatorio, y en el "mixto" en su estadio de "acusación, defensa formales, prueba, debate y sentencia" sea un proceso de partes —en lo que estamos disconformes con el citado autor—: se trata de un problema de intensidad de intereses en la defensa y en el ataque, más sobre ellos, de un interés de la comunidad. Dentro del marco de este superior interés, los de las "partes" quedan subordinados.

Si estimamos que el problema de "la carga de la prueba" es un derivado de "la falta de prueba", en materia penal, se resuelve parcialmente a través de la aplicación del viejo principio *nulla poena sine crimine, nullum crimen sine culpa*, cuya consecuencia es la de que se ha de probar siempre contra el supuesto delincuente para poder condenarlo: de lo contrario, *in dubio pro reo*, se le ha de absolver (con reconocimiento implícito de su falta de legitimación activa, según nuestro parecer). Esto quiere decir que la falta de prueba por el supuesto delincuente, de los hechos impeditivos o extintivos, no impide su absolución, si el juez tiene duda —según su convicción, y he aquí una divergencia más, nuestra: debe formarla según "las reglas del criterio racional" —sobre la punibilidad del hecho. Pero tales beneficios no pueden influir en que el imputado, y luego acusado, deje de defenderse "formalmente", ya que su mismo comportamiento, bien examinado, le puede conducir a la condena; comportamiento como *objeto de prueba*.

El problema procesal penal —ligado a su vez con la presunción de inocencia consagrada por la Constitución de 1978, artículo 24-2) — es el de intentar destruirla mediante una serie de actuaciones procesales sobre el fondo: obtener "motivos bastantes" para reducir al "inocente" a prisión preventiva o medida cautelar análoga —ya hay un *periculum in mora* provocado por él; ya no es "tan inocente"; por medio del auto de procesamiento —presunción de culpa, provisional—; por medio de

la acusación formal al comienzo del juicio oral; de la acusación o calificación acusadora definitiva; todas estas actividades "tienen una parte de carga formal", pero no toda. El sujeto pasivo puede "auto-acusarse" y probar tal acusación aunque nadie le obliga a ello (y por eso se toman las precauciones del artículo 406 LEC que ahora algunos parecen querer desvalorizar); el ministerio fiscal —actor penal por excelencia en materia de delitos públicos— debe "oponerse a (las "acciones penales") ejercitadas por otros, cuando proceda" (artículo 3º-cuatro del Estatuto del MF de 30 de diciembre 1981); si se procede así, resulta que el MF, opuesto a otros "actores penales", éstos tendrán a su vez "cargas formales de sus pruebas" (si admitimos en parte esta idea), pero en sentido diferente a las que corresponden a un primitivo y supuesto delincuente, el cual, a su vez, está amparado por "la presunción de inocencia" y por el principio *in dubio pro reo*. . . Panorama absolutamente diferente del civil.

Si allí el problema de "la carga de la prueba", "por falta de prueba aportada" se producía casi en el momento de la sentencia" —decíamos, *supra*—, aquí el problema se produce y resuelve en la misma sentencia: "la prueba de la inculpabilidad en cuanto que falte, equivale a la prueba de la inocencia". Así aparecen en la práctica las "absoluciones por falta de pruebas" o, aún más lejos, "las absoluciones por el beneficio de la duda".

No debe dudarse de que, apenas comienza el proceso penal —*cfr. supra*— y hay partes en él (artículo 118 LECRIM), la "presunción de inocencia" comienza a desplegar su influjo; y frente a ella, los que van a acusar (durante la instrucción) o que acusan y prueban (en el juicio oral), si desean obtener una sentencia de condena, deben aprovechar de las *chances* procesales que la Ley les abre —peticiones de medidas cautelares, de procedimiento, de prueba, de condena— para ir organizando a su vez, y socavando, la destrucción de aquella presunción y su sustitución por la prueba de culpabilidad, obtenida, si es necesario, a través de presunciones judiciales. Lo que no cabe admitir es que la "presunción de inocencia" llegue, intacta, al momento de la sentencia. Actuará —mejor por ficción que por presunción— como si "estuviese intacta"; pero no lo está.

La "distribución de la carga de la prueba" en lo penal es, pues, problema de "caso por caso" y de "momento procesal por momento", ya que su problemática puede alterarse de uno a otro radicalmente. El mismo artículo 746-6º LECRIM nos indica, dramáticamente, estas alteraciones dinámicas y sus posibles secuencias. No obstante, en el fondo, siempre existirá el mismo problema de "necesidad de prueba" que en

todos los demás tipos de proceso. Y las bases de su solución son las mismas, mas enormemente desfiguradas por la presunción de inocencia y por el "pro reo" procesal, que llega a alcanzar y aun a sobrepasar el límite de la igualdad de las partes (sobrepasado, a la inversa, "contra reo", por las actividades cautelares que contra él se producen por estimarse que es él el causante de ese "peligro" que es clave de los procesos y medidas cautelares).

VIII. LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA. SUS SISTEMAS

Aparecen varios sistemas, con matices (a salvo el de "barrer y eliminar la prueba para elaborar la sentencia", lo cual no nos parece sino una barbaridad).

1. *Prueba tasada o legal*

Según este sistema, el legislador atribuye a cada medio de prueba un valor determinado; el juez no tiene sino que aplicar aquello que la ley le dice para cada caso. "El legislador sustituye al juez", decía Chiovenda. Sobre la base de antiguas reglas, aún subsisten restos de este tipo de apreciación, muestra de desconfianza en el juez (a veces, podía, históricamente, estar justificada) o en lo intrínseco, humano, de cada medio de prueba. También influyeron en ella factores de tipo religioso —en el "juramento"—, hoy día extraños salvo en el proceso canónico.

A) En lo civil. Queda un resto formidable de "prueba legal" en "la confesión —provocada por la otra parte— bajo juramento decisorio", art. 580 LEC y 1236 Código civil; hace prueba plena. "Deferido el juramento" por una parte a la otra —a la que va a "confesar" sobre las preguntas que la primera le formule, y siendo el juramento en sí —históricamente se ha desfigurado— el "poner a Dios por testigo de la verdad de un hecho" (lo cual históricamente, y cuando las ideas religiosas decaían, conducía a una solución absurda y trágica cual era la de la tortura "para que el confesado —o no confesado— ratificase lo dicho sin tortura"), cuando las ideas religiosas, y en diversas etapas de la historia, han degenerado y decaído (véase el fenómeno en Grecia, en Roma, en Germania), la razón de ser del "juramento", esto es, la de no cometer un espantable "pecado" desapareció, y por ello, pasando a ser un formulismo, "se reforzaba", a fin de evitar el "juramento por los dioses en falso", por la tortura, aplicada a quien había declarado bajo juramento; si se ratificaba tras ella no se le podía condenar

a pena grave; si rectificaba y “confesaba” —bajo la tortura era fácil obtener tales “confesiones— se le podía condenar. Como se ve, el mecanismo resultaba siniestro (Biener, Von Kries, Tomás Valiente). Y el juramento “decisorio” (artículo 580 LEC) no se usa en la actualidad y desde hacía muchos años.

Actualmente, en lo penal, “la confesión bajo juramento” del sujeto pasivo —momento procesal de tragedias a lo largo de la historia— ya no existe; el juramento ha desaparecido para las partes penales (artículo 387 LECRIM) y no existe el delito de perjurio en España (lo cual me parece muy bien); si debe reforzarse el delito de “desacato a los jueces y tribunales” por mentir descaradamente, a resolver en un proceso penal rápido e incluso “incidental” como puede ser el *contempt of court* inglés.

Si queda vestigio de la “apreciación libre de la prueba” cuando la parte civil presta declaración provocada en juicio por la otra (“confesión”) “bajo juramento indecisorio” (artículo 580 LEC) la cual “perjudica al confesante”. Este extraño resultado de mezcolanzas históricas (Prieto Castro), literalmente “prueba legal” en virtud de una labor jurisprudencial notabilísima del tribunal supremo, se ha reducido a que tenga el mismo valor que las demás pruebas, solución correcta, aunque para ello se haya de acudir a apreciar tal medio en combinación con los demás. El “formalismo” derivado del “juramento”, en la misma LEC podía verse combatido: no se trataba de obtener un “resultado formal” que repercutiera sobre las cosas “aplastándolas sin razón”, sino de “averiguar la verdad de los hechos” (artículo 588).

De otro lado, si es inconveniente el mantener en el derecho procesal moderno el “juramento” —como la “solemne promesa”—, aún más extraño hubiera sido mantener “medio juramento” (“prueba plena” para el adversario, pero no para el provocante de la confesión) o “la media promesa”. Ambas figuras deben desaparecer de todos los procesos en que aún se hallen y ser sustituidas, a efectos de evitar el solemne ingreso de la *mentira* (así, crudamente llamada) en aquéllos, por el sistema de considerar la falta a la verdad por las partes, como un desacato al tribunal. Y conservando —ese es otro tema— el delito de falso testimonio y de falsa declaración de perito.

Los documentos públicos. Por razón de intervenir en su elaboración funcionarios públicos calificados para ello, y por razón de su cargo y facultades inherentes al mismo (los “fedatarios” principalmente), estos documentos tienen también especial valor probatorio: los judiciales y administrativos hacen prueba general; los notariales, en cuanto a terceros, de la fecha y motivo del otorgamiento (artículo 1218 Código

civil) porque ambas circunstancias constan al notario, pero en cuanto a "los contratantes y causahabientes", también en cuanto a las declaraciones que en tales documentos hubieren hecho (artículo citado); las escrituras que desvirtúen otras anteriores, no surten efectos contra tercero, sino a partir de su anotación en el registro público competente (para evitar fraudes).

Ahora bien, cabe combatir la fuerza probatoria de los documentos públicos por su falsedad penal (Código penal, artículo 302; artículo 513 LEC) y aun la "civil" (ideas del TS, sin duda para indicar la falta de dolo, Prieto Castro); también cabe impugnarlos por defectos formales (argumentado en artículo 1223 Código civil).

"Y por lo que afecta al valor probatorio en relación con las demás pruebas, el documento público es preferente pero... cambiando su refutación por dichas pruebas, según la jurisprudencia" (Prieto Castro).

[Añadamos aquí el "documento auténtico", definido por el propio Tribunal Supremo, como "aquel que por sí mismo hace prueba o da fe de su contenido". El hecho de que el artículo 1692-7º LEC admitiera como motivo de casación por infracción de ley el error... de hecho en la apreciación de la prueba "si este último resulta de documentos o actos *auténticos* que demuestren la equivocación evidente del juzgador" (hasta que ello fue variado por la Ley de 6/8/84, que suprimió, entre otras cosas, la palabra "auténtico"), ha dado lugar, durante décadas, a un formidable trabajo del TS sobre "qué era y qué no era" documento auténtico. Trabajo casi inútil. La confusa noción ha sido separada de la LEC, como se ha dicho].

El documento privado —por exclusión, el que no es público— recoge también residuos del régimen de apreciación "legal" de la prueba; si es "reconocido legalmente" tiene "el mismo valor que la escritura pública entre los que lo hubiesen suscrito y sus causahabientes" (artículo 1225 Código civil). Matices en cuanto a esta fuerza son a) el que la fecha de un documento privado (el artículo 1227 Código civil) fija que sólo se contará con respecto a terceros sino desde el día en que el documento hubiere sido incorporado o inscrito en un registro público, o desde la muerte de cualquiera de los que lo firmaron, o desde su entrega a un funcionario público por razón de su oficio (artículo 1227 Código civil); b) los documentos privados que sean "asientos, registros o papeles privados únicamente hacen prueba contra el que los ha escrito en todo aquello que conste con claridad; pero el que quiera aprovecharse de ellos habrá de aceptarlos en la parte que le perjudiquen" —principio de *indivisibilidad*— (artículo 1228 Código civil); c) La nota escrita o firmada por el acreedor a continuación, al margen o al

dorso de una escritura que oñre en su poder, hace prueba en todo lo que sea favorable al deudor; lo mismo se predica de la nota, etcétera, en el duplicado de un documento o recibo que se halle en poder del deudor, bajo el principio de *indivisibilidad* (artículo 1229 Código civil); c) el documento privado hecho para alterar lo pactado en escritura pública no produce efectos contra tercero (artículo 1230 Código civil).

Y si el documento privado no es reconocido expresamente por la parte contraria —en cuyo caso se eleva a la calidad de público para ella, como se ha visto— puede procederse a una serie de medios, hasta compulsorios (artículo 1226 Código civil) o técnicos (el cotejo de letras, artículo 606 y ss. LEC) a fin de fijar su "categoría". El no reconocido es de "libre apreciación" —a nuestro entender, según "las reglas de la sana crítica", *cfr. infra*—.

Los "libros de los comerciantes", por participar de su formación determinados jueces —hoy también funcionarios de las bolsas, mas su función es también la de jurisdicción voluntaria— en trámite de jurisdicción voluntaria, "legalizándolos" (artículo 36 Código de comercio de la Ley de 21 de julio de 1973, de modificación del Código de comercio), tenían un valor probatorio determinado, "legal", de cierta "graduación" de su valor (Prieto Castro); mas la nueva redacción del artículo 47 del Código de comercio dice que su valor será apreciado por los tribunales conforme "a las reglas generales de derecho" (que, al entender de Prieto Castro, no existen en la materia; por lo que la remisión debe entenderse hecha a "las reglas del derecho probatorio que sean o resulten aplicables"). Esta oscuridad nos parece ser proclive, en tanto no se aclare, a la "libertad de la apreciación de la prueba de libros de los comerciantes", lo cual puede suponer un grave retroceso en el comercio, incluso aunque se "procesen" (?) las contabilidades.

"Indirectamente son normas de prueba legal" (Gómez Orbaneja, Prieto Castro) las que limitan o excluyen un medio probatorio con respecto a determinadas relaciones jurídicas (la prueba testifical no es suficiente para probar ciertos contratos, Código de comercio, artículo 51; el Código civil recomienda usarla contrastada con otras —artículo 1248—, o la excluye, artículo 1244 y el 637 LEC). O bien las que regulan la parcialidad o la capacidad de los testigos ("las de tachas", artículo 660 ss. LE).

2. Prueba "en conciencia" o libre

Es el extremo opuesto al de la "prueba legal": no hay reglas que sujeten al juez ni le impongan conceder determinado valor a cualquier medio de prueba (o a alguno). Se ha hablado de "íntima convicción" o de "libérrima convicción" (Ékelöf), o de "prueba según conciencia" (artículo 741 LECRIM, de influencia francesa). Recordemos que Wyness Millar nos remite al origen del artículo 342 de la *instruction criminelle*, en el Decreto de la Asamblea Constituyente de septiembre de 1791, *que estableció el jurado en lo penal*. Esta libertad absoluta podría llevar a resultados irracionales (como puede ocurrir en los monosilábicos y faltos de toda fundamentación veredictos de los jurados); de ahí que la doctrina sea proclive a indicar que tal "conciencia" debe estar formada según una serie de "remisiones al clima político y cultural en que opera "el principio de 'l'intime conviction' en cada país" (Denti); ello tras un examen del presente en diversos países con gobiernos de diferente signo político.

Por ello —dice Gómez Orbaneja— la expresión "según su conciencia" del artículo 741 puede resultar equívoca. Porque sugiere indebidamente una operación íntima o secreta de que no hubiese de dar cuenta". La palabra "conciencia" procede del artículo 342 del "Code d'Instruction Criminelle" francés, donde figura la recomendación que se hace a los jurados antes de comenzar a deliberar [ahora superfetatoria, ya que no se trata, desde 1941-1945, de un escabinato, y los escabinos deliberan juntamente con los jueces profesionales, artículo 353 del CPC francés, derogada la "l'Instruction Criminelle"]. Pero incluso en ese texto histórico aparece con claridad que una cosa es que la ley no prescriba reglas de que se haga depender a plenitud o suficiencia de una prueba, y otra distinta que la ley no pida cuentas al que juzga de los medios porque se haya convencido. Y aun en esa disposición lo que se recomienda a los jurados es que "en silencio y recogimiento busquen en la sinceridad de su conciencia, qué impresión han dejado *en su razón* las pruebas".

(Ya tenemos aquí un indicio importante: la alusión a "la razón" de cada jurado).

Prueba libre —sigue Gómez Orbaneja— *no significa, consiguientemente, que los criterios de razón empleados no hayan de pasar a la motivación de la sentencia: que el juzgador no haya de dar cuenta de ello*. Prácticamente, el sistema se traduce no pocas veces en silencio sobre los motivos que han conducido al convencimiento o que

han impedido que se creara. [He aquí una de las pautas de la gran superioridad de los tribunales de escabinos sobre los de jurados: Graven, Fairén Guillén]. Pero éste es un mal que no se deriva lógicamente y necesariamente del principio.

Para que en el sistema de la libre valoración la sentencia declare un hecho como probado se requiere, pues, ineludiblemente, el pleno convencimiento del juez. Sólo en los hechos de que quede efectivamente convencido (con la relativa certidumbre de que es susceptible el convencimiento histórico), podrán basarse los efectos jurídicos que el derecho les atribuya. No basta la probabilidad, la verosimilitud o la sospecha: lo cual es cosa diferente que excluir la prueba por indicios (prácticamente, la más frecuente de todas las pruebas del proceso penal) o sea, el *convencimiento* logrado deduciendo racionalmente un hecho distinto, el que se necesita fijar, termina Gómez Orbaneja.

De él y de otros autores se deduce que "ha de tenerse en cuenta, por otra parte, que en todos los ordenamientos procesales modernos, libre valoración de la prueba no significa tan sólo exclusión de eficacia de las pruebas en sí, determinada en vía preventiva por el legislador, sino también *valoración racional, realizada a base de criterios objetivos verificables, que, por tanto, no quedan librados a la arbitrariedad del juzgador*" (Denti).

[Y anotemos que nuestra LECRIM contiene dos tipos o sistemas de apreciación de la prueba: uno, el del artículo 741: "El Tribunal, apreciando *según su conciencia* las pruebas practicadas en el juicio..." y otro, el del artículo 717: "Las declaraciones de las Autoridades y funcionarios de policía judicial tendrán el valor de declaraciones testificales, apreciables como éstas *según las reglas del criterio racional*". Este doble sistema de la LECRIM se olvida muy frecuentemente, y el segundo es el más acertado (Fairén-Guillén). Ya lo indica una doctrina que, por cierto, no se ha ocupado de él (*Cfr. supra*). Y el T.S. "acaba de abrir este camino", en 1988, ss. de 19 y 21 de enero].

3. Prueba "según las reglas de la sana crítica"

Ya hemos tratado de éstas al hablar del "objeto de la prueba". Ni son "hechos", ni "reglas jurídicas". Y, sin embargo, son reglas científicas, técnicas o prácticas. Ello no supone que se hayan de colocar en una "supuesta premisa mayor" de la sentencia, como se atribuye a Stein con sus máximas o principios de la ciencia o de la experiencia" (Denti, Blomeyer, Kuchinke) ya que el concepto silogístico de la sen-

tencia decayó; pero tampoco pueden considerarse como "simples hechos". Y su papel, con respecto a la "convicción del juez", es el de "medio para conseguirla racionalmente" en lugar de acudir a mecanismos secretos y por tanto avocados al misterio, incluso a lo irracional. Y esa "racionalidad" del convencimiento del juzgador a que Taruffo se refiere, está asegurada por un buen manejo —y buena creación, naturalmente— de las "reglas de la sana crítica" de las "reglas del criterio humano" del artículo 1253 Código civil, que son las que deben seguirse para construir la presunción a partir de los indicios (y no otros caminos, designados por algunas leyes con literatura muy poco jurídica) o las "reglas del criterio racional" que el juzgador penal ha de utilizar para apreciar —al menos— las declaraciones de las autoridades y de la policía judicial, así como las de los testigos (artículo 717 LECRIM).

No se ha tratado nunca de oponer "libre convicción del juez" y "reglas de la sana crítica", sino solamente de indicar que éstas constituyen la vía adecuada para lograr que aquélla se forme correctamente, "racionalmente", como diría el artículo 717 LECRIM como "camino" para formar la "conciencia del tribunal" en su sentencia, artículo 741.

"Medios de persuasión", "racionales" que harán llegar a la "íntima convicción", a formar bien esa "conciencia" del juez libre-apreciador.

Por ello, por ejemplo, Alcalá-Zamora Castillo hablaba de "prueba razonada". También Couture era "tripartidista" en cuanto a los sistemas de apreciación de la prueba).

Desde la época en que el juez, en manos del sistema de la "prueba legal hasta la que se pretende por algunos venga, la de la "automatización del juez", su transformación en una especie de "computadora", se recuerda que el juez, *homo sapiense sapiens*, debe poner a contribución, para apreciar la prueba, "su criterio", el "criterio humano", de que habla el artículo 1253 del Código español.

IX. MEDIOS DE PRUEBA

Ya dijimos que "fuente" es lo que tenemos *antes* del proceso y aún con independencia de él; "medio" es la actividad desarrollada *en* el proceso para que esas fuentes se incorporen al mismo (Sentís Melendo); si, por ejemplo, al perito lo crea el juez, mientras que al testigo se lo encuentra ya creado" (Helie), resulta que el testigo es una fuente de prueba, y el perito un medio de prueba. Pero todo medio tiene su origen en una fuente, y la fuente desarrolla un medio (Carnelutti, Sentís Melendo). Examinaremos aquí muy brevemente los "medios de

prueba" regulados en las leyes españolas, en cuanto al contacto que de "fuentes" iguales o "de la misma fuente" emanan "dos medios" que se diferencian, bien por sus formalismos, bien porque sean más o menos aptos a ayudar al juez a obtener, por el medio más adecuado —el de las "reglas de la sana crítica" o "criterio nacional"—, su "convicción".

Se debe a Carnelutti una frase muy gráfica: "en el proceso civil, la reina de las pruebas es el documento; en lo penal, el testigo". Ello nos indica la existencia de los dos sistemas procesales y procedimentales en torno a los cuales ya hemos discurrido; y sobre todo, sobre los principios de "inmediación", "oralidad" y conexos, y los de "escritura" y sus conexos —"mediación", etcétera—. Ya vimos que ninguno de los dos sistemas "vive" puro en la práctica; habrá "predominio" de uno de ellos con "concesiones" al otro.

a) Comenzando por los medios de pruebas "más inmediatos" y en muchos casos, los más importantes; cuando en el proceso se trata de personas o de hechos de personas, o bienes de vinculación muy estrecha con personas: esto es, cuando el protagonista de la prueba es una de las partes.

a') Hallamos la tradicional "confesión en juicio" "bajo juramento" de la vieja LEC; rechazable en su forma actual, con la previa sumisión a figuras extrajurídicas como son "el juramento" —de origen religioso" o "la promesa", de origen aún más vago—; con un sistema inadecuado de proposición (los "pliegos de posiciones" o de preguntas, artículo 581 LEC, sin posibilidad de salirse de él, y con exigencia de respuestas afirmativas o negativas, artículo 586 LEC); esto es, medio de prueba pletórico de formalismos, arcaísmos e inflexible. Tan sólo hace la LEC algunas concesiones frente a semejante estantigua: la posibilidad de que el que contesta agregue "las explicaciones que estime convenientes" (esto es, la llamada "confesión cualificada", que disminuye la intensidad exigida del "sí" o del "no") y las posibilidades de las partes y juez de "hacerse recíprocamente" "preguntas y observaciones" "para la averiguación de la verdad de los hechos", pudiendo también el juez "pedir las explicaciones que estime conducente a dicho fin" (artículo 588 LEC); pero no se admite el *cross-examination*, interrogatorio cruzado de las partes y sus letrados.

En materia penal, la "declaración" del sujeto pasivo está más correctamente tratada en la LECRIM: se prohíbe recibirle el juramento (artículo 387, reminiscencia del recuerdo frente a la tortura como secuencia del juramento) y sólo "se le exhorta a decir verdad"; pero este "deber de veracidad" no lleva consigo ninguna sanción a su incumpli-

miento. Se prohíbe formularle preguntas "sugestivas o capciosas" (artículo 389) así como "amenazarle o coaccionarle en "género alguno" —esto es, tanto física como psíquicamente—, artículo 389, bajo las penas del artículo 204 bis y concordantes del Código penal; se prohíbe el triste "tercer grado" o interrogatorio prolongado hasta que el interrogado pierda la serenidad de juicio: en tal caso, "se suspenderá el examen, concediendo al procesado el tiempo necesario para descansar y recuperar la calma" (artículo 393 LECRIM: el RB de Suecia prevé también que se le alimente debidamente); siempre se hará constar en la misma declaración el tiempo que se haya invertido en el interrogatorio (artículo citado). No se trata —a la inversa de la anticuada civil "confesión en juicio" —de exigir respuestas afirmativas o negativas; a la inversa, "se permitirá al procesado manifestar cuanto tenga por conveniente para su exculpación (el interrogatorio se considera doctrinalmente como "medio de defensa", a la vez que como "medio de prueba", Muñoz Rojas) o para la explicación de los hechos, evacuándose con urgencia las citas que hiciere y las demás diligencias que propusiere, si el juez las estima conducentes para la comprobación de sus manifestaciones" (artículo 396). Mediante el interrogatorio se trata de obtener una "preparación de la prueba" en el juicio oral y como, en su caso, repercutirá en la sentencia, precisa que las respuestas consignadas en acta sean exactamente las que el interrogado dio: el artículo 397 LECRIM dice que "El procesado podrá dictar por sí mismo las declaraciones. Si no lo hiciere, lo hará el juez procurando, en cuanto fuere posible, consignar las mismas palabras de que aquél se hubiese valido". Así debe ser; y no como hizo la Ley de 7/4/1967, incrustada a modo de cuña inquisitiva en la LECRIM, en cuyo artículo 785 Primera se decía que "las declaraciones de los testigos y el reconocimiento del encartado (!) se consignarán en acta breve, salvo que el juez considere que... el reconocimiento se practique conforme a lo dispuesto en el capítulo III del título V del libro II". "¿Qué es "acta breve"?". Con ella se puede desvirtuar cuanto el imputado ("encartado") ha dicho. Tiempo adelante, pasos hacia atrás. Y aún peor: la Ley orgánica de 11/11/80, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes, adoptó este procedimiento (con variantes que no afectan a tal extremo).

[La misma "acta breve" constaba en los "anteproyectos" y "proyecto" de la Ley de Reforma procesal de 28/12/88 pese a la crítica anterior; desapareció durante su tramitación parlamentaria y probablemente... por estímulos extraparlamentarios, Fairén Guillén.]

Si la identificación de las partes en el proceso civil es relativamente sencilla (salvo las dificultades vistas, *supra*: especialmente las que provocan una *laudatio auctoris* o las derivadas de la falta de legitimación cuando ésta coincide con la titularidad del interés jurídico o derecho en litigio), en lo penal no lo es tanto, pese a las innovaciones continuas, y de tipo científico, en materia de criminología y técnicas policiales de la Policía Judicial. Se han aplicado incluso en materia civil las técnicas probatorias más modernas —las de investigación de la paternidad y maternidad por pruebas biológicas, artículo 127 Código civil— y, naturalmente, a lo penal; se ha ampliado el carácter médico de auxiliares de los tribunales penales tan conocidos como los médicos forenses (artículos 497 ss. LOPJ) mediante la posibilidad de crear cuerpos o contratar a “profesionales y expertos que sean permanentemente o ocasionalmente necesarios” para auxiliar a jueces y tribunales (artículo 508 LOPJ); subsiste el “reconocimiento en rueda o grupo” de “*determinada persona*” o de “*varias personas*” (pero no de una multitud de personas) contra las que se “dirijan cargos” (artículo 368 y s. LECRIM); no se excluye como “indicio” la fotografía accidentalmente tomada (“indicio” “de cargo”, pero también “de descargo”).

b') Se aprecia que entre las pruebas de interrogatorio de la “parte” (o “supuesta parte”, o “parte por el momento procesal determinado”), la testifical, la de reconocimiento o inspección judicial y la pericial, existen tales relaciones, que en determinados casos conviene a la buena conducción del proceso, el que se realicen reunidas en un acto complejo (en el que, naturalmente, cada una se rija por sus propias reglas). Esto lo prevé la LEC al tratar del “reconocimiento judicial” (o “inspección judicial” del Código civil) en sus arts. 635 y 636:

635. Cuando se acuerden el reconocimiento judicial y el pericial de una misma cosa, se practicarán simultáneamente estos medios de prueba, conforme a las reglas establecidas para cada uno de ellos.

636. Podrán ser examinados los testigos en el mismo sitio y acto continuo del reconocimiento judicial, cuando la inspección o vista del lugar contribuya a la claridad de su testimonio, si así lo hubiere solicitado previamente la parte a quien interese”.

Esto es, una “concentración de medios de prueba en un solo acto complejo”. Y si no fuese por las enojosas formalidades que presiden la “prueba de confesión judicial” —“pliegos de posiciones” escritas secretos, rigidez de los mismos, etcétera— también podría concentrarse en el mismo acto; este ideal de concentración de la práctica de la prueba en una sola sesión se puede lograr ya, según la LPL, en el pro-

ceso de trabajo, que ha eliminado los escritos de "posiciones para la prueba de "confesión" (?) de las partes y los de "preguntas y respuestas para los testigos", así como el problema de la insaculación de peritos; de tal modo que, a salvo las pruebas "que requieran la traslación del tribunal fuera del local de la audiencia", "si el magistrado las estima indispensables", lo cual acarrea "la suspensión del juicio por el tiempo estrictamente necesario, continuando después sin interrupción"; salvo todo esto, dicho "juicio oral" es concentrado de alegaciones y pruebas (artículo 75 y ss. LPL).

En materia penal, la vigencia del principio de "preclusión elástica" por dirigirse mejor la investigación y juicio oral, permite, sin duda, estas acumulaciones probatorias, aunque no deben confundirse y sí relacionarse entre ellas; sin perjuicio de que, en el "juicio oral", el tribunal disponga *ex officio* pruebas no propuestas por las partes (artículo 729-1º y 2º LECRIM) o incluso una nueva "sumaria instrucción suplementaria" (artículo 746-6º LECRIM); esta "preclusión elástica" también favorece a las partes para poner en duda el valor de la declaración de un testigo (artículo 729-3º LECRIM). Y las "diligencias de la instrucción", "pre-probatorias", para llegar a ser tenidas en cuenta como "probatorias" es necesario que sean reproducidas en el juicio oral (artículos 446, 467, 714, 715, 730 LECRIM); siendo rechazable la práctica de pedir "que se den por reproducidas las diligencias sumariales" sin leerlas, lo que entraña peligro (circular del FGE, 1/89, de 8/3). Y, desde luego, cabe concentrar varios medios probatorios en un mismo acto complejo, artículos 438, 480, 727. Su remisión a una gran parte de "la instrucción" así lo indica.

c') Preferible la "inmediación", sobre todo en el proceso penal —necesaria—, es necesario suplir mediante técnicas modernas los antiguos sistemas del arte secretarial, no acompasado quizás a la velocidad oral, para reproducir *textualmente* cuanto ocurre en un interrogatorio, etcétera, y para recoger "los gestos" de los interesados o implicado en alguna actividad probatoria (v.vgr., las "amenazas" entre los que se carean, artículo 713 LECRIM). Diversos ordenamientos han introducido los magnetófonos en lo penal (así, modificaciones en el CPP francés) y aún en lo civil (ZPO de Alemania, según el primitivo "Modelo de Suttgart"). Pero dado el posible fenómeno, recogido por las leyes (por ejemplo, el artículo 687 LECRIM), de la expulsión del acusado de la sala de sesiones del juicio oral penal, por "alterar el orden con una conducta inconveniente y persistente pese a las advertencias del presidente y al apercibimiento de hacerle abandonar el local", puede suponerse, según algunos autores, que dicho acusado, durante su au-

sencia de la sede del tribunal, sufre una disminución en su derecho a "hallarse presente el proceso" ("Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos", Nueva York, 19 de diciembre de 1966, ratificado por España el 27 de abril de 1977, artículo 14-3 d); ahora bien, su expulsión ha podido ser provocada por una serie de "gestos inaudibles" de desacato, pero "visibles" (lo cual no puede ser recogido por un magnetófono). Y hemos propuesto la introducción en las sedes de los tribunales penales —por lo pronto— de instalaciones de "video" perennizado que proveerán a reproducir las causas de las posibles expulsiones (incluso las de parte o de todo el público, artículo 684 LE-CRIM) y lo que sucede durante el juicio mientras el acusado se halla "ausente" —para que él mismo lo conozca, al ser readmitido— e incluso se podrán evitar "expulsiones provocadas" por el mismo acusado, para después alegar indefensión (Cfr. argumentado por ejemplo en Fassano).

d') Un problema probatorio muy importante es el de "la prueba prohibida", como atentatoria a los derechos fundamentales del hombre. Nos parece admirable y exigible su respeto; pero no puede convertirse su invocación en un "tabú" de supuestos delincuentes. Ante indicios de criminalidad *probados*, deben ceder en algo derechos como el de la intimidad, el de la inviolabilidad de domicilio, etcétera. Trátase de una serie extremadamente compleja de problemas a resolver uno por uno y "caso por caso", sin pretender establecer una jurisprudencia "constante" que acabaría por degenerar. Y, naturalmente, cualquier forma de sevicias, ni siquiera debe admitirse y menos, apreciarse.

e') Otro caso de "prohibición relativa" es el que consiste en evitar que dos medios de prueba sean "mezclados" por quien los propone a fin de extraer del resultado de esta "mixtura" una situación favorable. Tal es el caso, en España, de la prueba pericial civil y de sus relaciones con la documental. Es muy difícil oponerse a la admisión de un documento en autos; pero la admisión de la prueba pericial requiere que la parte contraria "exponga brevemente lo que estime oportuno sobre su pertinencia o ampliación", esto es, sobre su "admisibilidad". Pues bien, es bastante frecuente el caso de que una parte solicite de alguna autoridad un "certificado" —documento que precisa tenga una matriz, antecedentes ya escritos— sobre aspectos de una obra, de una fábrica, de una maquinaria, etcétera, que en realidad encubren una prueba pericial ("encubierta" a fin de que la parte contraria no pueda oponerse a su "admisibilidad", por tratarse de un "inocente documento") (Fairén Guillén).

f') En cuanto a la "prueba pericial", aunque subsiste la ya antigua y en el fondo casi inútil disputa sobre su carácter de "medio de prueba" o de "medio auxiliar del juez" —ya que, si "formalmente" es un "medio de prueba" —por ahora—, "materialmente" lo que hace es suministrar al juez o tribunal "reglas de la sana crítica", las que ya hemos visto, y que él no tiene por qué conocer, por no ser jurídicas—, de lo que no hay duda es del incremento de su extensión y de su intensidad, lo cual hace que gane mucho terreno su concepto como "medio auxiliar del juez". Es un medio de "cientificizar" —perdónese la palabra— la prueba (Denti). Si la idea de Jiménez Asua y otros, de tener jueces-psiquiatras, jueces-ingenieros, etcétera, no se ha logrado, probablemente en muchas especializaciones, por utópicas, sin embargo, se abre camino la idea del "juez-científico" y, en su defecto, la del juez vinculado al dictamen de los peritos. La solución de que el juez pueda ejercer sobre el resultado de la labor de los peritos el mismo control que puede ejercer la comunidad a la que todos pertenecen:

Se explica así por qué no se puede pedir al juzgador que posea una ciencia superior a la del perito, que le permita, por tanto, rehacer por su cuenta la valoración efectuada por el mismo; pero se le debe pedir que controle el grado de aceptabilidad, conforme al del conocimiento común, de los nuevos métodos científicos, o bien la racionalidad del procedimiento seguido por el perito. Tres son, en realidad, los modos del control que posee la opinión pública frente a la labor del perito: a) la valoración de su autoridad científica [Atención: interpolamos; en no pocas ocasiones, la persona a quien la "opinión pública" disputa como un perito genial, resulta ser sólo un chapucero —*cfr.* M.^o Floriot, *Erreurs judiciaires*—]; b) la incorporación al patrimonio científico comúnmente aceptado de los métodos por él empleados (lo cual puede hacernos girar en un círculo vicioso, si los medios de comunicación masiva hacen de un chapucero un genio); c) la coherencia lógica de su argumentación. Estos mismos métodos de control deben ser aplicados por el juzgador, y sólo con este significado, de acuerdo con la tradición, de *peritus peritorum* (Denti). Se trata de una "relación esencial entre proceso y grupos sociales" (Denti), de manera que la sociedad en concreto "comprenda el proceso".

Con lo que, si esto es cierto, no menos lo es *la dificultad de divulgar ciertas ciencias o técnicas*.

Mas el corolario debe ser el de no vincular a los jueces a los dictámenes de los peritos, y admitir el sistema de la valorabilidad de su tra-

bajo por el juez, de manera que haga posible la comprensión por los grupos sociales justiciables. De lo contrario,

se termina por caer en la ilusión de mostrar el advenimiento de la fase científica de la prueba, como la entrada del rigor que sucederá a la del sentimiento (Gorphe), sin rodeos, en el peligro de transformar el proceso en una especie de laboratorio dominado por la técnica y neutral respecto a los valores que están en juego en la controversia (en el litigio), y en los que se reflejan los valores de la sociedad entera. Una legislación procesal que se alzase por este camino, desembocará en la instauración de una especie de autoritarismo procesal moderno de tipo tecnocrático, acaso peor que el que caracterizó la época de las pruebas irracionales y de las pruebas legales. En efecto, ambos métodos probatorios del pasado encontraron correspondencia en el modo de sentir de la colectividad: la prueba irracional, porque su eficacia estaba ligada a la acción de fuerzas ultraterrenas, cuya autoridad nadie discutía (Levy-Bruhl); la prueba legal, porque el vínculo que para la libertad de valoración del juzgador que de ella derivaba, se consideraba como necesario para proteger ciertos valores de la sociedad, o para prevenir los peligros inherentes a la decadencia de las instituciones judiciales (Cappelletti).

Alusión al estado de cosas de *l'ancien régime*, el anterior a la Revolución francesa.

Y es en la fundamentación de sus propias resoluciones en donde los jueces deben valorar los informes científicos de los peritos.

La trascendencia de la prueba pericial —y de la figura del perito— se muestra en España, no ya sólo por la posibilidad de crear nuevos grupos o cuerpos de peritos (artículo 508 LOPJ) de las más diversas especialidades, o de llamar —contractualmente— a tales especialistas a auxiliar a los tribunales. Y en el hecho legal —ya antiguo— de los “asesores de trabajo”, a los tribunales laborales. El artículo 85 de la vigente LPL —y ya decimos que estos “asesores” son de existencia antigua—, dice así:

Podrá el Magistrado de Trabajo (actualmente juez de lo social), si lo estima procedente, oír el dictamen de una o varias personas expertas en la cuestión objeto del pleito *en el momento del acto del juicio, o terminado éste, para mejor proveer*. Tal designación se efectuará a través de la Dirección General de Trabajo.

La función asesora será obligatoria, y la incomparecencia no justificada del asesor designado podrá sancionarse con multa de 250 a 5 000 pesetas.

Artículo 88. Los asesores se limitarán a responder concretamente a las preguntas que el Magistrado y las partes les formulen, tanto respecto a los hechos como a las prácticas, usos y costumbres de observancia en la profesión de que se trate. A requerimiento de los asesores o del Magistrado se consignará el dictamen o dictámenes por escrito y se unirá en este caso a los autos.

El Magistrado apreciará libremente el dictamen de los asesores.

Estos artículos son de gran importancia.

a) Se trata de peritos colegiados, con voces individuales.

b) Suministran al juez de trabajo conocimientos sobre las "prácticas, usos y costumbres de observancia en la profesión de que se trate". Esto es, "reglas de la sana crítica", "reglas" *que no son de derecho*; y aún se cita a la "costumbre" no jurídica (y la "costumbre" es una fuente del derecho, artículo 1º Código civil, a probar).

c) El juez de trabajo "aprecia libremente ese dictamen". Esto es, aquí se hace visible el "iter" un tano tortuoso dibujado por Denti para llegar a la conclusión de que "las reglas de la sana crítica" sólo actúan como racionalizadoras de la "libre convicción". Esa "libre apreciación" del dictamen pericial por el juez indica que "lo ha apreciado según las reglas del criterio racional"; si no lo ha apreciado debe fundar la razón, porque, entonces, ¿para que lo pidió?

d) Tan importante es el papel de estos "asesores de trabajo" que el juez o magistrado de trabajo puede "oírlos" *durante todo el juicio oral en cualquiera de sus momentos*. [En la base XIX de la Ley de bases del PL de 12/4/89, han desaparecido los "asesores", sin explicación alguna. Las razones, las ignoramos, pues].

g') Si todos los medios de prueba tienen un método, una osamenta metodológica, en las presunciones esta armazón es tan exterior, tan visible, que puede llegar a deslumbrar al observador; ya que en ella pueden encontrarse todos los demás medios de prueba.

En efecto, trátase en su construcción de "llegar al conocimiento de un hecho desconocido, a través del conocimiento de otros hechos". A estos últimos —de los que ya tratamos, *supra*— los llamamos "indicios". Y estos "indicios" pueden estimarse probados por cualquiera de los medios de prueba admisibles. De ahí se arranca para, por medio de operaciones mentales de inducción, llegar a un resultado, el cual constituye la presunción.

En ocasiones, la "normalidad" de un resultado histórico, su "experiencia", su "repetición muy larga" ha dado lugar a que sea el propio legislador el que promulgue la presunción: "Presunción legal", que es

una norma, una norma que resuelve un determinado problema jurídico, y que el juez no tiene sino que aplicar. Pero si la ley no ha previsto el problema jurídico y se hace preciso resolverlo, toca entonces al juez, en primer lugar, probar los indicios, y en segundo recorrer el difícil "iter" de inducción que le llevará al resultado correcto. Ahí es donde el error es más fácil, ya que, a su vez, el o los caminos para probar los "indicios" son los ordinarios en el derecho probatorio. El Código civil español, en su artículo 1253, dice que "Para que las presunciones no establecidas por la ley sean apreciables como medio de prueba, es indispensable que entre el hecho demostrado (él o el conjunto de indicios) y aquel que se trate de deducir, haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano".

Que son, de nuevo, "reglas de la sana crítica" o "reglas del criterio racional".

Recordemos que el papel de las presunciones legales en el proceso es muy importante: no tenemos más que evocar la famosa "presunción de inocencia" (más bien, ahora, aquí, una ficción), que en el proceso penal se trata de destruir, bien mediante medios de prueba más directos, bien mediante la construcción de "presunciones judiciales de culpabilidad", basadas en indicios —las que fundamentan actos posiblemente destructores en parte del "interior" de la presunción de inocencia, como son los del auto de prisión preventiva o de libertad bajo caución, el auto de procesamiento, la acusación provisional, formal, etcétera; si estas situaciones provisionales se consolidan —y en no pocas veces desempeñan los "indicios" una gran importancia en ellas—, al final acaban por derrumbar "la fachada externa" de la "presunción de inocencia"; pero no nos hagamos la ilusión de que ésta se derrumba repentinamente, al dictarse la sentencia de condena penal: ha sido ya legalmente excavada, minada en su interior, a lo largo del proceso, por una serie de presunciones judiciales contrarias (las que justifican, en sus casos, la prisión preventiva —los "motivos bastantes" del artículo 503-3 LECRIM— el "auto de procesamiento" —otra imputación, artículo 384 LECRIM, "indicios racionales de criminalidad"—, etcétera).

Y si la sentencia es de inocencia, de absolución, tal presunción, lo ocurrido con ella en el interior del proceso, es que ha logrado destruir a las judiciales que se le oponían e intentaban destruirla.

Suelen clasificarse las presunciones, en *iuris tantum* y *iuris et iure*. Las segundas, si quedan aún, son vestigios históricos, ya transformados definitivamente en normas, pero normas tiránicas, que no cabe ya ni enjuiciar. Las *iuris tantum* admiten prueba en contrario pero restringida por el legislador, que así defiende la "normalidad" de los hechos con

los que las creó históricamente. Valga como ejemplo la de los artículos 116 y s. del Código civil:

Art. 116. Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges.

Art. 117. Nacido el hijo dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, podrá el marido *destruir la presunción* mediante declaración auténtica en contrario formalizada dentro de los seis meses siguientes al conocimiento del parto. Se exceptúan los casos en que hubiere reconocido la paternidad expresa o tácitamente o hubiese conocido el embarazo de la mujer con anterioridad a la celebración del matrimonio, salvo que, en este último supuesto, la declaración auténtica se hubiera formalizado con el consentimiento de ambos, antes del matrimonio o después del mismo, dentro de los seis meses siguientes al nacimiento del hijo.

X. LA PRUEBA ADELANTADA

Si el "iter" natural del pensamiento humano nos lleva, en primer lugar, a afirmar la existencia de un hecho, y más tarde a probar nuestro aserto (o alegación), este "iter" puede invertirse, de tal modo que, 1º) aparezca la prueba de un hecho, y 2º) la discusión sobre el mismo —el litigio sobre el fondo—. Esta "inversión" sólo se justifica por un "peligro" de que el retraso en la discusión judicial sobre las circunstancias del hecho (propiedad, posesión, etcétera) provoque la "pérdida" o menoscabo, perjuicio en la integridad o en la función del mismo, pudiendo llegar a hacer inútil cualquier discusión sobre él. . . por haber desaparecido. Esta es la clave de la llamada "prueba adelantada". Esto es, el "adelanto de la prueba" es una medida cautelar. Opera el *periculum in mora*.

En lo civil, y en el artículo 502 LEC, hallamos una posibilidad de "adelanto" del interrogatorio de testigos:

Fuera de los casos expresados en el artículo 497 —dice— no podrá el que pretenda demandar pedir posiciones, informaciones de testigos ni ninguna otra diligencia de prueba, salvo cuando por edad avanzada de algún testigo, peligro inminente de su vida, proximidad de una ausencia o punto con el que sean difíciles o tardías las comunicaciones u otro motivo poderoso, pueda exponerse el actor a perder su derecho por falta de justificación, en cuyo caso podrá pedir, y el Juez decretará, que sea examinado el testigo o testigos que estén

en las circunstancias referidas, verificándose su examen del modo que se previene en los artículos respectivos de esta Ley. Estas diligencias se unirán a los autos luego que se presente la demanda.

(Este "adelantamiento" también puede pedirlo y obtenerlo el demandado "antes del término de prueba", artículo 545 LEC).

Esta norma contiene varias lagunas importantes; no designa el órgano jurisdiccional ante el cual se ha de "pedir" el caso de que el proceso se halla ya pendiente, aunque no haya llegado al periodo probatorio, olvida la necesaria citación del futuro demandado a fin de que éste pueda formular "repreguntas" al interrogatorio del o de los testigos (Prieto Castro). La LEC se ha mostrado muy parca en las posibilidades de "adelantar la prueba" (el caso de la testifical podría ser sustituido por una "información para perpetua memoria", en trámite de jurisdicción voluntaria, artículo 2002 LEC).

De modo "lato" —aunque la doctrina lo discute— también se podría considerar como un "adelantamiento de prueba" la medida o "diligencia preliminar" del artículo 497-2º LEC: "Todo juicio podrá prepararse. . . 2º Pidiendo la exhibición de la cosa mueble que, en su caso, haya de ser objeto de la acción real o mixta que trate de entablar contra el que tenga la cosa en su poder". Si bien, efectivamente, mediante la existencia de la cosa se fija una legitimación, estimamos que la consecuencia de la exhibición es también cautelar.

En cuanto al caso 2º del artículo 497, si exhibida la cosa mueble, el actor manifestare ser la misma que se propone demandar, se reseñará en autos por diligencia del actuario y se dejará en poder del exhibente, previniéndole que la conserve en el mismo estado hasta la resolución del pleito. También podrá decretarse, a instancia del actor, el depósito de dicha cosa mueble si concurrieran los requisitos exigidos por el artículo 1400 para que pueda decretarse el embargo preventivo (cautelar). Este depósito será de cuenta y riesgo del que lo pidiere, y de derecho quedará sin efecto, con indemnización de perjuicios, si aquél no entablare su demanda dentro de los treinta días siguientes. . .

En materia laboral, la "prueba anticipada" es más amplia.

En los casos previstos en los artículos 502 y Nº 1 del 947 de la LEC —dice el artículo 47 de la LPL—, antes de presentarse una demanda, el que pretenda hacerlo o presuma que va a ser demandado (mal utilizada la palabra "presuma") podrá solicitar previamente examen de testigos o confesión de la persona o personas a

quienes intente demandar. Contra las resoluciones que dicten los Magistrados accediendo o denegando estas pretensiones no se dará recurso alguno.

Esta "prueba" se extiende al "examen de libros y cuentas" de los empresarios (artículo 48 LPL).

En materia penal nos encontramos con que, en el proceso ordinario por delitos graves, la instrucción (el mal llamado "sumario"), encomendado a un juez de instrucción, no contiene "prueba" en general, ya que sólo está destinado a "preparar el juicio" oral (artículo 299 LECRIM), y sólo se podrá hacer uso en la sentencia por el tribunal de "las pruebas practicadas en el juicio" (oral) (artículo 741 LECRIM). Mas hay casos de *periculum in mora* que admiten que la "prueba contradictoria", esto es, como la que en su día y en su caso se practicaría en el "juicio oral", se practique en plena "instrucción". Para tales casos la LECRIM "levanta las restricciones" al "secreto" de la instrucción, si lo había, y pone a la parte pasiva al mismo nivel —principio de bilateralidad, de contradicción— que, el o los actores.

Así, cuando se trata de un supuesto delito de lesiones: la cura del lesionado podría suponer un plazo superior a los 15 días, lo cual haría pasar de una simple falta a un delito; o bien, dejar deformidad, constituyendo ello otro delito. Por lo cual el imputado de lesiones tiene derecho a "preparar" su prueba del juicio oral, nombrando un médico de su parte, si la contraria también lo hubiere hecho (artículo 350 LECRIM); lo referente al tratamiento, irreproducible en el "juicio oral", se suplirá por la lectura de los folios en que se trate del asunto (artículo 730).

[El CP se reforma en sentido de rebajar el valor del tiempo de curación de las lesiones. Justamente cuando en el tremendo "caso de la colza" (S. AN 48/89, de 20 de mayo), se ve lo contrario en la realidad. . .]

Vemos con claridad en los peritajes practicados durante la instrucción. "Si el reconocimiento e informe periciales —dice el art. 467 LECRIM— pudieren tener lugar de nuevo en el juicio oral, los peritos nombrados no podrán ser recusados por las partes". (Naturalmente: como que tales "reconocimientos" no son probatorios, sino solamente "preparatorios"; lo "probatorio" será su reiteración en el juicio oral.)

"Si no pudiere reproducirse en el juicio oral, habrá lugar a la recusación". (Porque entonces el informe pericial "es prueba".)

Pueden recusar peritos, tanto "el actor" como "el procesado" (en sentido amplio: parte pasiva), artículo 469; si la labor pericial no fuere

reproducible en el juicio oral "el querellante tendrá derecho a nombrar a su costa un perito que intervenga en el acto pericial".— "El mismo derecho tendrá el *procesado*" (artículo 471) uno y otro pueden asistir a la "diligencia pericial" (artículo citado) incluso prevé la ley el caso de que la asistencia del "procesado" a tal diligencia haya de precisar el "adoptarse por el juez las precauciones oportunas" (para evitar su fuga, evidentemente). También prevé la Ley la posibilidad de que los peritos, en su actuación durante la instrucción, "tuvieren necesidad de destruir o alterar los objetos que analicen", los cuales deberán conservarse, a ser posible, parte en poder del juez para que, en caso necesario, puede hacerse nuevo análisis" (artículo 479). Pero... si todo esto no es posible... el dictamen pericial deberá leerse en el juicio oral "a instancia de parte" (artículo 730), más también el tribunal podrá ordenar de oficio dicha lectura (artículo 729-2º).

La declaración de testigos en la instrucción presupone que se les va a recibir la realmente probatoria en el juicio oral: así se ve claramente por el artículo 714 (juicio oral): "Cuando la declaración del testigo en el juicio oral no sea conforme en lo sustancial con la prestada en el sumario podrá pedirse la lectura de ésta y por cualquiera de las partes". "Después de leída, el Presidente invitará al testigo a que explique la diferencia o contradicción que entre sus declaraciones se observa".

Además, el delito de falso testimonio sólo se comete en la declaración hecha en el juicio oral (artículo 715); lo cual puede ser consecuencia de las contradicciones previstas en el artículo 714.

La "prueba anticipada" por *periculum in mora* aparece muy claramente en el artículo 448 LECRIM:

Si el testigo manifestare, al hacerle la prevención referida en el artículo 446, la imposibilidad de concurrir por haber de ausentarse de la Península, y también en el caso de que *hubiere motivo racionalmente bastante para temer su muerte o incapacidad física o intelectual antes de la apertura del juicio oral*, el juez instructor hará saber al reo (mal utilizada la expresión) que nombre abogado en el plazo de 24 horas, si aún no lo tuviere, o de lo contrario se le nombrará de oficio, para que le aconseje en el acto de recibir la declaración del testigo. Transcurrido dicho término, el juez recibirá juramento y volverá a examinar a éste, a presencia del *procesado* y de su abogado defensor, y a presencia, asimismo, del fiscal y del querellante, si quisieren asistir al acto, permitiendo a éstos [se entiende "a todos éstos", incluido el abogado defensor y el propio "procesado"] hacerle cuantas repreguntas tengan por conveniente, excepto las que el juez desestime como manifestamente impertinentes. En las diligencias se con-

signarán las contestaciones a estas preguntas y será firmada por todos los asistentes.

Y el "climax" por urgencia, no impide que asista el sujeto pasivo de la instrucción al interrogatorio de ciertos testigos: "En caso de inminente peligro de muerte del testigo se procederá con toda urgencia a recibirle declaración en la forma expresada en el artículo anterior, aunque el *procesado* no pudiese ser asistido de Letrado". [Lo cual ahora, tras la nueva redacción del artículo 520 y del 118 LECRIM, será muy difícil]. Pero si así sucediere, y debiere producirse en el juicio oral la lectura de la declaración hecha por el testigo *in articulo mortis*, sin intervención del abogado defensor, está claro, a nuestro entender, que el tribunal, al dictar sentencia, "formará su conciencia" teniendo en cuenta este evento, "según las reglas del criterio racional" del artículo 717 LECRIM.

En resumen: el peligro de desigualdad entre las partes en la instrucción hace que, cuando determinadas diligencias de averiguación no puedan reiterarse en el "juicio oral", la instrucción pase a tener un marcadísimo carácter acusatorio, como el juicio oral mismo, a merced de la "prueba adelantada" cautelarmente, a la vista del *periculum in mora*, o sea, con alguna característica cautelar.

[En los nuevos artículos de la LECRIM fijados por la Ley de 28/12/88 aparece también la posibilidad de la "prueba anticipada" "en el escrito de acusación", de solicitud de apertura del juicio oral (artículo 790-5); este momento procesal tan tardío sólo se puede mejorar pensando que el resto de las normas de la misma LECRIM no derogadas expresamente o expresamente sustituidas, se halla también en vigor para el nuevo procedimiento —las "normas comunes", artículo 780.]

BIBLIOGRAFÍA

GUASP, *La prueba en el proceso civil español: principios fundamentales*, Oviedo, 1945; GUASP, *Comentarios a la LEC*, cit., t. II, 1º, II, *passim*; PRIETO CASTRO, *Tratado*, cit., t. I; PRIETO CASTRO, "Eficacia de la prueba prescindiendo de la parte que la aporta", en *Estudios y comentarios*, cit., 1950, t. I; SILVA MELERO, *La prueba procesal*, Madrid, 1963 (2 t.); GÓMEZ ORBANEJA, "La prueba preconstituida", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1944; DEVIS ECHANDIA, *Teoría de la prueba judicial*, Buenos Aires, 1970; PRIETO CASTRO, "La prueba en el derecho español", en *Trabajos y orientaciones*, cit.;

SERRA, "Contribución al estudio de la prueba", en *Estudios, cit.*; SENTIS MELENDO, "Introducción al derecho probatorio", en *RDPProc.*, 1968-1; SENTIS MELENDO, "¿Qué es la prueba? (naturaleza de la prueba)", en *RDPPr.Iber.*, 1973; DEVIS ECHANDIA, "Objeto, tema o necesidad, fin y resultado de la prueba judicial", en *RDPPr.Iber.*, 1956-4; DEVIS ECHANDIA, "Contenido, naturaleza y técnica de la valoración de la prueba judicial", en *RDPPr.*, 1966-1; ÁLVAREZ ABUNDANCIA, *La eventual apertura de la fase de la prueba*; RODRÍGUEZ ESPEJO, "La dinámica de la libre apreciación de la prueba en la jurisdicción civil", en *RDPPr.*, 1958; ZAFRA, "La pertinencia de la prueba civil", en *RDPPr.*, 1960; GARCÍA LÓPEZ, "Un nuevo medio de prueba en los Tribunales: el magnetofón", en *Bol. Min. Just.*, núm. 584; PRIETO CASTRO, "Un caso interesante de notoriedad", en *Trabajos y orientaciones*; PRIETO CASTRO, "Pactos privados sobre la prueba", en *Trabajos y orientaciones*; PASINI COSTADOAT, "Los hechos los que debe versar la prueba en el procedimiento civil y comercial de la capital federal de la República Argentina", en *RDPPr.*, Madrid, 1956; VESCOVI, "Premisas para la consideración del tema de la prueba ilícita", en *RDPPr.*, 1970-2; RUIZ DE LUNA, "El descubrimiento de la verdad en los procedimientos judiciales", en *Rev. Jur. Cat.*, 1970; ONECHA, "Valoración de la prueba en el proceso civil", en *Pretor.*, 1971; MONTÓN REDONDO, *Nuevos medios de prueba y la posibilidad de su uso en el proceso*, Madrid, 1977; ABREU GÓMEZ, "El defensa del detector", en *Criminalia*, 1967-1; SENTIS MELENDO, "Iniciativa probatoria del juez en el proceso civil", en *RDPPr.*, 1967-4; CAPPELLETTI, "Iniciativas probatorias del juez y bases prejurídicas de la estructura del proceso", en *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, Buenos Aires, 1972; DEVIS ECHANDIA, "La iniciativa probatoria del juez civil en el proceso contemporáneo", en *RDPProc.*, 1967-1; ZEBALLOS, "La iniciativa probatoria del juez civil", en *RDPPr.*, 1967-4; MUÑOZ SABATÉ, "La prueba imposible de la culpa exclusiva de la víctima", en *Rev. Jur. Cat.*, 1974; MUÑOZ SABATÉ, "Las deformaciones profesionales en la apreciación de la prueba judicial", en *Rev. Gral. Dcho.*, 1972; MÁRQUEZ AÑEZ, "La reforma procesal y los poderes del juez", en *Estudios de Procedimiento civil*, Caracas, 1968; RODRÍGUEZ, U., *Elementos inquisitivos en el proceso civil venezolano*, Valencia, Venezuela, 1966; RODRÍGUEZ, U., *Autoridad del juez y principio dispositivo*, Univ. de Valencia, Venezuela, 1968; PERROT Y COUTURE, *El principio de neutralidad del juez en el derecho francés y uruguayo*, Buenos Aires, 1958; MUÑOZ SABATÉ, "Requiem por la tesis de la verdad formal en el proceso civil", en *Rev. Jur. Cat.*, 1972; SERRA DOMÍNGUEZ, "Reflexiones sobre una reciente concepción probatoria", en *Estudios*; MUÑOZ SABATÉ, "Sobre el trasplante de pruebas penales a un proceso civil posterior", en *Rev. Jur. Cat.*, 1976; CORBÉS, "Algunos aspectos sobre la inversión de la carga de la prueba", en *RDPProc.*

Iber., 1972; FAIRÉN GUILLÉN, "Prueba documental, prueba pericial y resoluciones sobre las mismas", en *Temas*, 1969, t. II; COUTURE, "Las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba testimonial", en *Estudios de derecho procesal civil cit.*, t. II, Buenos Aires, 1949; ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, "Sistema y criterios para la apreciación de la prueba", en *Estudios de derecho probatorio*, Concepción (Chile), 1965; en el mismo también el mismo autor, "A propósito de libre convicción y sana crítica"; ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, "Acertios terminológicos e institucionales del derecho procesal hispánico", en *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, México, 1973, t. II; GORPHE, *La crítica del testimonio*, trad. esp. Ruiz Funes, Madrid, 1933; FAIRÉN GUILLÉN, "La doctrina legal y el control de los hechos en la casación civil y laboral española", en *Temas*, cit., t. II; VICENTE Y CARAVANTES, *Tratado*, cit., t. III; GÓMEZ DE LA SERNA, *Motivos de las variaciones principales que ha introducido en los procedimientos la Ley de Enjuiciamiento civil*, Madrid, 1957; FAIRÉN GUILLÉN, "Notas sobre el valor de la jurisprudencia (en el título preliminar al Código civil)", en *Estudios de derecho procesal civil, penal y constitucional*, cit., t. II; *La Ley de reforma urgente de la Ley de enjuiciamiento civil*, cit.; el mismo, "Algunas notas sobre modernización de la Ley de enjuiciamiento criminal", en *RDPr. Iber.*, 1976; FAIRÉN GUILLÉN, *La humanización de la prueba*, cit., Sobre las "máximas de la experiencia", *Cfr.*, ante todo, FRIEDRICH STEIN, *Das private Wissen des Richters. Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse*, Leipzig, 1893 (hay trad. de De la Oliva, Univ. Pamplona, 1973); STEIN, *Die ZPO für das deutsche Reich*, 11ª ed. de los grandes comentarios inaugurados por GAUPE, Tübingen, 1913, t. I, com. al § 282; STEIN, *Grundriss des Zivilprozessrechts*, Tübingen, 1921; STEIN-JUNCKER, *Grundriss des Zivilprozessrechts und des Konkursrechts*, Tübingen, 1928; FAIRÉN GUILLÉN, en *El Jurado*, Mesa Redonda org. por la Univ. de Alicante, cit., publ. Univ. Alicante, 1983 (DE COCQ, LEDESMA, ALMAGRO, FAIRÉN, GIMENO, LÓPEZ MUÑOZ, SERRA), DENTI, "Cientificidad de las pruebas en relación principalmente con los dictámenes periciales y la libertad de apreciación del juzgador", ponencia general al V Congreso Internacional de Derecho Procesal, en *RDPr. Iber.*, 1973, núms. 2-3.

En material penal, en España, *cfr.*, por ejemplo, DEL ROSAL, "El procedimiento valorativo judicial", en *Rev. Der. Pub.* (Madrid), 1936; MORENO CATENA, *El secreto en la prueba de testigos del proceso penal*, Madrid, 1980; SILVA MELERO, "El régimen de la prueba en el proceso penal", en *RDPr.*, 1950; QUINTANO RIPOLLES, "Problemas de la prueba en el proceso penal", en *Rev. Jur. Cat.*, 1960; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, "El principio 'in dubio pro reo' en el derecho y en el proceso penal", en *Estudios de Derecho Procesal*, Pamplona, 1974; SENTIS

MELENDO, "In dubio pro reo", en *RDPr.*, 1971; BARREDA, "La técnica en la pericia médico-legal", en *Pretor*, 1972.

SENTIS MELENDO, "La prueba de informes", en *Rev. Der. Proc.* (Arg.), Buenos Aires, 1947; KUNELSKY, *Der Sachverständige im zürcherischen Zivilprozess*, 1933; GUTIÉRREZ-ÁLVIZ CONRADI, "La valoración de la prueba penal", en *RDProd. Iber.*, 1975; SERRA, "Función del indicio en el proceso penal", en *Estudios, cit.*,

GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal penal, cit.*; FAIRÉN-GUILLÉN, *Ensayos sobre Procesos complejos*, Madrid, Tecnos, 1991.

Sobre la prueba documental en el proceso civil, hay que tener en cuenta la fundamental reforma introducida en el recurso de casación civil por la Ley de reforma urgente de la LE de 6/8/84 al "sustituir la infracción de doctrina legal" por la "infracción de la jurisprudencia de los tribunales", a título de motivo de apertura del recurso civil. *Cfr.* FAIRÉN GUILLÉN, *La Ley de reforma urgente de la LEC, cit.*, 1985; SERRA DOMÍNGUEZ, "Del recurso de casación", en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil, cit.*, (colectiva). *Cfr.* empero, por ejemplo, NÚÑEZ LAGOS, "Concepto y clases de documentos", en *Rev. Dcho. Not.*, 1957; NÚÑEZ LAGOS, *Estudio sobre el valor jurídico del documento notarial*, Madrid, 1945; NÚÑEZ LAGOS, "Reconocimiento de documentos privados", en *RDPr.*, 1959; MARTÍNEZ VAL, "El valor probatorio de los documentos privados", en *Rev. Jur. Cat.*, 1963; CABALLERO, "La correspondencia particular como elemento de prueba", en *Rev. Trib.*, 1901; GUASP, "La presentación de documentos en los juicios de mayor y menor cuantía", en *RDPr.*, 1945; PRIETO CASTRO, "Presentación de documentos en juicio por medio de fotocopias", en *Estudios y comentarios, cit.*, t. I; PRIETO CASTRO, "Exhibición de documentos en juicio (artículo 603 de la Ley de enjuiciamiento civil)", en *Estudios y comentarios, cit.*; DE LA OLIVA, "La presentación de documentos", en *RDPr. Iber.*, 1970-4; GARRÍGUES DÍAZ-CAÑABATE, "Valor probatorio de los libros de comercio", en *Rev. Der. Merc.*, 1948; RODRÍGUEZ VALCÁRCEL, "Los contratos de adhesión o póliza y el proceso", en *RDPr.*, 1953; SANTANA MUJICA, *Estudio sobre la exhibición en el derecho procesal de Venezuela, s.a.*; VAL LATIERRO, *Grafocrítica. El documento y su proyección forense*, Madrid, 1953; MONTÓN REDONDO, "El valor probatorio de las grabaciones magnetofónicas y su uso para la justicia judicial", en *RDPr.Iber.*, 1982; CORA, "La presentación de documentos en los juicios de mayor y menor cuantía", en *Rev. Trib.*, 1899; BLESÁ, "Artículos 504 y 506 de la Ley procesal civil", *Rev. Trib.*, 1903.

HEUSLER, "Die Grundlagen des Beweisrechts", en *Arch. civ. Prax.*, t. 62; BOLDING, "Aspects of the burden of the proof", en *Scandinavian Studies in Law*, 1960; BRUNS, *Zivilprozessrecht*, 2ª ed., 1979; "BRUNS, Zur Systematik der gesetzlichen Beweisarten im Zivilprozess", en *Ju-*

risten Zeitung, 1957; SIEGRIST, *Grundfragen aus dem Beweisrecht des Zivilprozesses*, Berna, 1938; FLORIAN, "Le due prove", en *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1926-I; CARNELUTTI, "Prova civile e prova penale" en *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1925-I; GRASS, *Probleme der materiellen Wahrheitserforschung nach der bündnerischen Zivilprozessordnung vom 7 Mars 1907*, Thuisis, 1945; BAUMGÄRTEL, "Treu und Glauben, gute Sinnen und Schikaneverbot im Erkenntnisverfahren", en *ZZP*, t. 69; HABSCHEID, "Das persönlichkeitsrecht als Schranke der Wahrheitsfindung im Prozessrecht", in *Gedächtnisschrift für Hans Peters*, 1967; sobre la prueba prohibida, por ejemplo, el mismo PETERS, "Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise und Beweismittel im Zivilprozess", en *ZZP*, t. 76; PLEYER, "Schallaufnahmen als Beweismittel im Zivilprozess", en *ZZP*, t. 69; ZEISS, "Die Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel", en *ZZP*, t. 89; LIEBSCHER, "Neue Wege der Strafrechtspflege", en *Osterreichische Juristen Zeitung*, Viena, 1948; aparte a la conocida obra de VON HIPPEL, *Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht der Parteien im Zivilprozess*, cfr. también, HUG, *Die Wahrheitspflicht der Parteien im Zivilprozess*, Zürich, 1943; BLOMEYER, "Beweislast und Beweiswürdigung im Zivil- und Verwaltungsprozess", en *Gutachten für den 46. Deutschen Juristentag*, 1966; HENKE, "Individualität und Anscheinsbeweis", en *Juristische Rundschau*, 1961; KEGEL, "Der Individualscheinbeweis und die Verteilung der Beweislast nach überwiegender Wahrscheinlichkeit", en la *Festgabe für Kronstein*, 1967; HENKE, *Die Tatfrage*, 1966; MEZGER, "Der psychiatrische Sachverständige im Prozess", en *Arch. civ. Prax.*, 1918; apéndice; FAIRÉN GUILLÉN, "La investigación biológica de la paternidad y su valor desde el punto de vista procesal", en *Estudios*, cit., 1955; ROXIN, *Strafprozessrecht*, 9 ed., 1982; PETERS, *Strafprozessrecht*, 2ª ed., 1966; el también clásico BIRKMEYER, *Deutsches Strafprozessrecht*, 1888.

Sobre la llamada "confesión" judicial, cfr., por ejemplo, PRIETO CASTRO, "Claves para la reconstrucción histórica y práctica del derecho español sobre confesión civil", en *Estudios y Comentarios*, I; SILVA MELERO, "Contribución al estudio de la confesión en el proceso civil", en *RGLJ*, 1933; SILVA MELERO, "Confesión en juicio", en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, t. IV; RODRÍGUEZ ESPEJO, "La confesión judicial bajo juramento indecisorio", en *Pretor*, 1959; RODRÍGUEZ ENRÍQUEZ, "La confesión extrajudicial y el artículo 1407 del Código civil", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1961; RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, "La 'ficta confessio' en el proceso civil español", en *Información Jurídica*, 1971; DONÁ, "El silencio jurídico en función de prueba", en *Rev. Trib.*, 1932; RODRÍGUEZ SOLANO, "El silencio. Su valor probatorio", en *Pretor*, 1953; BONET NAVARRO, *La prueba de confesión en juicio*, Barcelona, 1979; DEVIS ECHANDIA, "Declaración de parte y prueba de confesión", en *RDPr.*, 1966-4; MUÑOZ SABATÉ, "El registro

de la prueba de confesión en juicio", en *Rev. Jur. Cat.*, 1973; MUÑOZ SABATÉ, "¿Puede un litisconsorte pedir la confesión de otro litisconsorte?", en *Rev. Jur. Cat.*, 1973; ALMAGRO, *La prueba de informes*, Sevilla, 1968; FAIRÉN GUILLÉN, *El Tribunal de las Aguas y su proceso*, *cit.*, "Procedimiento", cap. XII.

También y como sus títulos indican, para las declaraciones de imputados y acusados en lo penal, *cfr.* SERRA, "Declaración del imputado e indagatoria", en *Estudios*, *cit.*; SILVA MELERO, "El interrogatorio del inculpadado", en *RDPPr.*, 1950; GUTIÉRREZ-ALVIZ, "Aspectos del derecho de defensa del proceso penal", en *RDPPr. Iber.*, 1973; GÓMEZ DEL CASTILLO, "Ideas en torno al artículo 387 de la LECR.", en *RDPPh. Iber.*, 1976; GÓMEZ DEL CASTILLO, *El comportamiento procesal del imputado (silencio y falsedad)*, Barcelona, 1979; GIMENO SENDRA, "La naturaleza de la defensa y la intervención del defensor en la instrucción", en *RDPPr. Iber.*, 1977; RODRÍGUEZ SOLANO, "El silencio: su valor probatorio", *cit.*; QUINTANO RIPOLLES, en sus *Adiciones al Tratado de la prueba en materia criminal, de Mittermaier* (9ª ed., Madrid, 1959); VIADA-LÓPEZ PUIGSERVER, "El imputado, el procesado y el acusado en el derecho español", *Boletín del Instituto de Estudios Procesales*, Buenos Aires, 1949; FAIRÉN GUILLÉN, "El 'encausado' en el proceso penal español", en *Temas*, *cit.*, t. II; SERRA, "Declaración del imputado e indagatoria", en *Estudios*; QUINTANO RIPOLLES, "Una revolución en la técnica procesal: las pruebas clínicas de veracidad", en *RDPPr.*, 1950-4; MUÑOZ ROJAS, *El imputado en el proceso penal*, Pamplona, 1958; LÓPEZ REY-ARROJO, "Valor procesal de los 'sueros de la verdad'", en *Rev. Dcho. Proc. Argentina*, 1949; VEGA, "Las drogas, confesantes armas de dos filos para la investigación criminal", en *Rev. Est. Pen.*; FAIRÉN GUILLÉN, "Algunas notas sobre la problemática de la expulsión del acusado de las sesiones del juicio oral", en *Estudios de derecho procesal civil, penal y constitucional*, t. II, 1984; fundamental, sobre el llamado "secreto del sumario" y su clarísima explicación, frente a posiciones que lo hubieran atribuido al "sistema inquisitivo", *cfr.* la "Exposición" de la Ley de enjuiciamiento criminal española, de 14 de septiembre de 1882, obra de D. Manuel ALONSO MARTÍNEZ, ministro de Justicia a la sazón, y gran jurista; SENTIS MELENDO, *Los grandes temas del derecho probatorio*, Buenos Aires, EJEJA, 1978, que comprende trabajos como "La prueba es libertad", "Naturaleza de la prueba", "Fuentes y medios de prueba"; "Adquisición de la prueba"; "Valoración de la prueba" —probablemente el trabajo más importante contenido en este volumen—; más apéndices: "El abogado y la prueba" (lo cual recuerda el trabajo de ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, "Proceso procesal y abogacía", en *Estudios de teoría general e historia del proceso*, t. II); "El lenguaje jurídico. Claridad idiomática y exactitud procesal" (de consumo casi con el tema que ha llamado la atención de

ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, "Aciertos terminológicos e institucionales, etcétera"); Fundamental para todo jurista, ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, *Cuestiones de terminología procesal*, México, UNAM, 1972, Madrid, 1984, *passim*, t. II; GRAVEN, "Les moyens admisibles d'investigation moderne dans l'enquête de police et l'instruction pénale", en *Révue Internationale Criminale de Police Technique*, 1959; M. Q. WARREN, "Correctional treatment in community settings", en *Memoria del VI Congreso Internacional de Criminología*, Instituto de Criminología de la Universidad de Madrid, Madrid, 1973, t. I (en relación con las sentencias condicionales); KLEINKNECHT, con ref. al § 27 StPO de la RFA, en *op. cit.*; ROSENBERG-SCHWAB, *Zivilprozessrecht*, *cit.*, 1977; de gran importancia, BERNHARDT, "Wahrheitspflicht und Geständnis im Zivilprozessrecht", en *Juristen Zeitung*, 1963; de alto interés para el estado actual de la llamada legalmente "confesión en juicio" civil, *cfr.* ROSENBERG, "Zur Lehre vom qualifizierten Geständnis", en *Archiv für die zivilistische Praxis*, t. 94 (sep.); Sobre la "disponibilidad de la prueba", además de la bibl. cit. sobre este fundamental principio, *cfr.* p. ej., CALAMANDREI, "Linee fondamentali del processò civil inquisitorio", en *Opere Giuridiche* (a cura de CAPPELLETTI), t. I; CAVALLONE, "Crisi delle 'Maximen' e disciplina dell'istruzione provatoria", en *Riv. Dir. Proc.*, 1976; para España, en cuanto al problema de abrir la prueba *ex officio*, superando así el principio dispositivo por el oficial, *cfr.* los diversos sistemas, *cfr.* ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, "Uniformación de la prueba en el proceso civil de los países hispanoamericanos", en *Estudios de derecho probatorio*, *cit.*; CORTÉS, "La eficacia del proceso de declaración", en la obra colectiva *Para un proceso civil eficaz*, ed. Ramos Méndez, Univ. Autónoma de Barcelona, 1982; PRIETO CASTRO, *Tratado*, t. I; ARAGONESES ALONSO, *Técnica procesal (proceso de cognición) y juicio verbal*, Madrid, 1955; FAIRÉN GUILLÉN, *El juicio ordinario y los plenarios rápidos. . .*, *cit.*; "Líneas generales de un futuro procedimiento declarativo en primera instancia", en *Temas*, *cit.*, t. II; ALMAGRO NOSETE, *Del juicio de menor cuantía*, *cit.*

Cfr. también, en cuanto a la "clásica" e históricamente fundada, siempre y cuando no se utilizasen medios coactivos (expresa y acertadamente los excluye la LECRIM, artículo 439), falta de confianza de la prueba testifical, *cfr.*, por ejemplo TORIO, "Introducción al testimonio falso", en *RDPr.*, 1965-1; DE PAULA, *La prueba de testigos en el proceso civil español*, 1968; AYARRAGARAY, "El perjurio", en *RDPr.*, 1945-II; PRIETO CASTRO, *Tratado*, *cit.*, t. I; GORPHE, *La crítica del testimonio*, *cit.*, *passim*; SÁNCHEZ TEJERINA, "La prueba testifical en el proceso penal", en *RGLJ*, 1942-II; VÁZQUEZ SOTELO, *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal*, Barcelona, 1984; ROMERO ARIAS, *La presunción de inocencia. Estudio de algunas de las consecuencias de la constitucionalización de este derecho fundamental*, Pam-

plona, Aranzadi, 1985; RODRÍGUEZ RAMOS, "Presunción de inocencia no minimizada", en *La Ley*, Madrid, núm. 29/11/82; GUERRA SAN MARTÍN, "El derecho a la presunción de inocencia en la Constitución española de 1978", en *La Ley*, Madrid, núm. 567, 1982; CÓRDOBA RODA, "Derecho a la presunción de inocencia, Jurisprudencia del Tribunal Constitucional español", en *Rev. Jur. Cat.*, 1982-4.

Cfr. también, por ejemplo sobre la prueba legal, la clásica obra de FURNO, *Contributo alla teoria della prova legale*, Padua, 1940; JIMÉNEZ CONDE, *La apreciación de la prueba legal y su impugnación*, 1977; Sobre las presunciones, CARRERAS LLANSANA, "Naturaleza jurídica y tratamiento procesal de las presunciones", en *Estudios*; la clásica obra de HEDEMANN, *Las presunciones en el derecho* (trad. esp. Sancho Seral), Barcelona, 1931; PISTOLESE, *La prova civile per presunzioni e le cosiddette massime dell'esperienza*, Padua, 1937.

Cfr. igualmente, FONT SERRA, *La prueba de peritos en el proceso civil español*, 1976; MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria*, 2ª ed., Barcelona, 1983.

Y, en general, remitámonos a las clásicas obras de MITTERMAIER, *Tratado de la prueba en materia criminal* (que va por la 9ª ed. española, como se ha dicho), y ELLERO, *De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal*, 7ª ed., 1980; BIENER, *Beiträge zur Geschichte des Inquisitionsprozesses und der Geschworenengericht*, reimp. de la ed. de 1827, Leipzig, en Aalen, 1965; VON KRIES, *Lehrbuch*, cit.

Sin olvidar al también clásico autor suizo SCHURTER, *Grundzüge des materiellen Beweisrechtes in der schweizerischen Zivilprozessgesetzgebung*, Zürich, 1890.

Al VII Congreso Internacional de Derecho Procesal (Würzburg, 1983), PERROT presentó una ponencia general sobre el tema "Le Droit à la preuve" (ponentes nacionales, HABSCHIED, SIMOTTA, KOHL, UMAR, YESSIOU-FALTSI, KASUGA, MONIZ DE ARAGAO, TARUFFO, CASTRO MENDES y SERRA DOMÍNGUEZ; por NICKLISCH, se presentó otra sobre "Der technische Sachverständige im Prozess" (ponentes nacionales, PIEDBOEUF, ARENS, WAGNER, AMODIO, ARELLANO, FRISCH, SAWCZUK, DATRA, ELWING, VOGEL, ÜSTÜNDAG y HAZARD). Cfr. *Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmässige Ordnung (Generalberichte y Diskussions)* cit., a cura de Habscheid, Bielefeld, 1983; FAIRÉN GUILLÉN, *El razonamiento jurídico en apelación*, Madrid, 1990.