

# La inexplicable persistencia de la valoración legal de la prueba

## *The inexplicable persistence of the legal evaluation of the evidence*

**Jordi NIEVA FENOLL**

Catedrático de Derecho Procesal  
Universitat de Barcelona

Fecha de recepción: 4 de abril de 2017.

Fecha de aceptación definitiva: 21 de abril de 2017.

### Resumen

El sistema de valoración legal de la prueba hace tiempo que está claramente marginado en el proceso civil, y es legalmente inexistente en el proceso penal. Sin embargo, la larga vigencia del mismo, más por el uso forense que por disposición legal, ha determinado que actualmente todavía se encuentren inexplicables manifestaciones del antiguo sistema que deben ser abolidas.

Entre ellas se cuentan la valoración, todavía legal, de la prueba documental en el proceso civil, los juramentos y promesas, incomprensibles hoy en día, así como la propia concepción de la mismísima carga de la prueba, o incluso el estudio de las presunciones. Todo ello

### Abstract

*The legal evaluation system of evidence has long been clearly marginalized in the civil process, and is legally non-existent in criminal proceedings. However, its long validity due to the tribunals' praxis –more than by legal provision–, causes inexplicable manifestations of the old system that are still present and must be abolished.*

*These manifestations include the legal assessment of documentary evidence in civil proceedings, or the existence of oaths and promises, ununderstandable today, as well as the outdated conception of the burden of proof, or even an also outdated study of circumstantial evidence. All this provokes*

conserva a día de hoy un análisis impropio de un sistema en el que rige la libre valoración de la prueba, lo que impide el pleno desarrollo científico de este sistema, que afecta, lógicamente, a la práctica de los tribunales.

En el presente trabajo se indica cómo proceder a la debida corrección y eliminación de esos arrastres del pasado.

**Palabras clave:** Juramento; promesa; confesión; tacha; carga de la prueba; presunciones.

*today an improper analysis of a system in which the free evaluation of evidence shall govern, and prevents the full scientific development of this system, which logically affects the practice of the courts.*

*This paper indicates how to correct and eliminate these trawls of the past.*

**Key words:** Oath; promise; confession; objection; burden of the proof; presumptions.

## 1. INTRODUCCIÓN

Durante muchos siglos, en la práctica de los tribunales europeos se desarrolló un sistema de valoración de la prueba que no se coonestaba con el Derecho romano, aunque curiosamente se basaba en el mismo. Se trataba del sistema de prueba legal, que intentó hacer más fáciles, mucho más fáciles, las cosas a los jueces a la hora de valorar la prueba. Probablemente demasiado fáciles, aunque finalmente el sistema podía resultar sorprendentemente complejo. Una auténtica paradoja.

El problema es que, de tanto querer simplificar la valoración de la prueba, se llegó al absurdo, al mecanicismo del uso forense que siempre amenaza el funcionamiento de la Justicia, aún a día de hoy. Obviamente, los encargados de cualquier tarea de la vida intentan sacarla adelante de forma rápida, y así se incurre en un cierto automatismo que a veces es total, y que en materia de Justicia viene favorecido sobre todo por la necesidad de que la labor de los tribunales no se retrase todavía más. Se trata de una forma de trabajar sumamente defectuosa, que en el fondo es aparente porque no cumple con el cometido real de su función. Pero, como digo, aparentemente el trabajo se realiza, y eso parece ser lo único importante. Y así observamos que la enorme mayoría de resoluciones judiciales que se dictan son fruto de un formulario que ya estaba confeccionado de antemano en un 90% de su contenido, siendo este porcentaje aún superior en ocasiones.

Dentro de esta misma dinámica surge el sistema de valoración legal de la prueba, y aunque su origen no es este mecanicismo, como veremos seguidamente, su uso abusivo sí que es debido a la conducta explicada en el párrafo anterior. Lo curioso es que aunque ese sistema dejó de existir casi por completo, todavía se detectan constantes referencias legales a prácticas del mismo que actualmente han dejado de tener cualquier sentido. Incluso el uso forense sigue afectado, como veremos, por ese antiguo modo de hacer.

El presente trabajo se propone poner en evidencia dichas prácticas y tendencias, a fin de que sean definitivamente abolidas del proceso actual de la mayoría de Estados.

En dicho proceso oficialmente reina, por fortuna, la libre valoración de la prueba. Pero sólo oficialmente.

## 2. EL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA DE PRUEBA LEGAL

El sistema de prueba legal es, en realidad, una anomalía histórica que ha durado demasiado tiempo. Sus orígenes hay que buscarlos en el Código de Hammurabi, en cuyos incisos 10, 11 y 13<sup>1</sup> se obligaba al juez a buscar testigos de la propiedad de un objeto para acreditar su pérdida. Posteriormente, los incisos 182 y 183 se referían al «documento sellado» para demostrar la existencia de una dote<sup>2</sup>.

No conferían tales preceptos valor de prueba legal ni a los testigos ni al documento, pero desde luego constituían una guía muy precisa dirigida al juez sobre el modo de proceder probatorio para dictar su sentencia en el proceso. Esos preceptos, probablemente por la vía indirecta del Pentateuco<sup>3</sup> –de fuerte influencia mesopotámica–, crearon la regla de que para dar por probado un hecho debía existir una pluralidad de

1. Se utilizarán las traducciones de LARA PEINADO, Federico. 1997: *Código de Hammurabi*. Madrid, «§10 Si el comprador no ha presentado al vendedor que le vendió la cosa, ni a los testigos en cuya presencia se efectuó la compra, y el dueño de la cosa perdida presenta testigos que atestigüen (la preexistencia de) la cosa (y el dominio) de dicho propietario, el comprador fue el ladrón: será castigado con la muerte. El propietario de la cosa perdida recobrará su propiedad.

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

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

2. «§182 Si un padre tiene una hija que sea sacerdotisa de Marduk de Babilonia y no la dotó escribiéndole un documento sellado, a la muerte del padre le corresponderá un tercio de la herencia, que podrá dejar en sucesión a quien prefiera.

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

3. Deuteronomio, cap. 19, vs. 15-21: «No basta un solo testigo para declarar a un hombre culpable de crimen o delito; cualquiera que sea la índole del delito, la sentencia deberá fundarse en la declaración de dos o más testigos. Si un falso testigo se levanta contra un hombre y lo acusa de rebeldía, las dos partes en litigio comparecerán delante del Señor, en presencia de los sacerdotes y de los jueces en ejercicio. Los jueces investigarán el caso cuidadosamente, y si se pone de manifiesto que el acusador es un testigo falso y ha atestiguado falsamente contra su hermano, le harán a él lo mismo que él había proyectado hacer contra su hermano. Así harás desaparecer el mal de entre ustedes. Y cuando se enteren los otros, sentirán temor y no volverá a cometerse esta infamia entre vosotros. No tendrás compasión: vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie».

testigos, y no uno solo. Esa regla la encontramos finalmente en el *Codex* de Justiniano<sup>4</sup>, ya en la primera mitad del siglo VI, es decir, con toda la influencia judeocristiana derivada de la legalización oficial de la religión correspondiente desde el año 313. También se hallan en el *Codex* los primeros trasuntos del valor privilegiado de la prueba documental, aunque sin conferirle realmente el valor legal que tendría después<sup>5</sup>, que probablemente estaba inspirado en la última disposición de este capítulo del *Codex*, que equiparaba el valor probatorio de testigos y documentos<sup>6</sup>. Esta última norma fue otorgada por Constantino en el 317, pero tampoco era, naturalmente, una norma de prueba legal.

Sin embargo, de todas esas normas se dedujo en la Baja Edad Media el valor legal del testimonio de al menos dos testigos –en la línea de lo establecido en el Deuteronomio–, del documento público, del documento privado reconocido y de la confesión<sup>7</sup>, así como de la llamada «evidencia», es decir, del reconocimiento judicial<sup>8</sup>. Es posible que en ello haya tenido alguna responsabilidad el pensamiento escolástico<sup>9</sup>, tan preocupado por la fidelidad a la autoridad de los textos originales, de manera que las disposiciones romanas ya citadas, que tenían un simple valor admonitivo u operativo en la organización de la estrategia probatoria, alcanzaran al final a la mismísima valoración de la prueba, produciéndose bajo la vigencia del sistema legal su completa anulación. Aunque suene extraño, es necesario decirlo así directamente, sin matices, porque verdaderamente fue eso lo que sucedió: el sistema legal de valoración de la prueba implicaba la anulación de la valoración de la prueba.

Y es que a partir de ahí los jueces dejaron de escuchar a los testigos, a los que sólo se les pedía que juraran y se ratificaran. Lo mismo se hizo con el juramento de las partes. Y exactamente igual se operó con respecto a los documentos públicos. Todos ellos eran prueba «plena». La prueba «semiplena» o «sumaria» se tenía cuando no se alcanzaba el número mínimo de dos testigos, el documento no era público o el litigante simplemente declaraba, sin jurar<sup>10</sup>.

4. *Codex*, Libro IV, título XX, n.º 9, §1: «Simili modo sauximus, ut unius testimonium nemo iudicium in quacunq[ue] causa facile patiatur admitti. Et nunc manifeste sancimus, ut unius omnino testis responsio non audiatur, etiamsi praeclarae curiae honore praefergeat».

5. *Codex*, Libro IV, título XXI.

6. *Codex*, Libro IV, título XXI, n.º 15: «In exercendis litibus eandem vis obtinet tam fides instrumentorum, quam depositiones testium».

7. JAUMAR CARRERA. 1840: *Práctica forense*. Barcelona, 39-40, 44-45.

8. DEGLI UBALDI, Baldo. 1521: *Practica Baldi*. Perugia, folio 39 vuelto. JAUMAR CARRERA: *op. cit.*, 45, Partida III, tít. 14, Ley 13.

9. ENDEMANN, Wilhelm. 1860: *Die Beweislehre des Civilprozesses*. Heidelberg, 630. Cfr. CALOGERO, Guido. 1937: *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*. Padova, 75.

10. Cfr. ORTIZ DE ZÚÑIGA. 1856: *Práctica general forense*, t. II. Madrid, 239, 255, 257 y especialmente 271. DE VICENTE Y CARAVANTES. 1856: *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva Ley de Enjuiciamiento*. Madrid, 133.

Sólo se ganaba el proceso cuando se habían conseguido, numéricamente, más pruebas «plenas» que el otro litigante, o más de dos pruebas «semiplenas» frente a una plena<sup>11</sup>. Habitualmente se trataba de aportar más testigos, que era lo más sencillo, ya que bastaba que algunos «amigos» –no identificados como tales– comparecieran a ratificar unas frases escritas por la parte que los presentaba. No obstante, el sistema era algo más complejo, puesto que se exigía un mayor número de testigos dependiendo de la prueba a confrontar<sup>12</sup>. Por ello la tacha tenía, como veremos, un papel fundamental en este sistema. Un testigo más o menos podía suponer la victoria o derrota en un proceso. Adicionalmente se contaba la prueba «plenissima», que era una especie de estándar de prueba reforzado de muy difícil configuración, aunque sólo tenía relevancia en el proceso penal<sup>13</sup>.

La monstruosidad jurídica descrita se completaba con las normas sobre las habitualmente estúpidas inhabilidades de los testigos<sup>14</sup> y el extensísimo listado de documentos que podían alegarse en el proceso<sup>15</sup>. Con razón formuló BENTHAM<sup>16</sup> durísimas objeciones a este absurdo sistema, críticas que fueron el principio del fin del sistema de valoración legal, y el tránsito al sistema de valoración libre<sup>17</sup>.

De hecho, lo que cuesta creer es que el sistema estuviera vigente durante tanto tiempo, más o menos desde el siglo XIII, por la influencia del trabajo de AZÓN antes citado<sup>18</sup>. Sin embargo, la explicación más plausible es que, como se ha advertido, en el fondo era un sistema de fácil aplicación, aunque podía complicarse tomando en

11. JAUMAR CARRERA: *op. cit.*, 48. Vid. también NÖRR, 2012: *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*. Heidelberg, 128.

12. Lo explica GÓMEZ NEGRO. 1838: *Elementos de práctica forense*. Valladolid, 95-96, basándose en la Partida III. Vid. también GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN. 1861: *Tratado académico-forense de los procedimientos judiciales*, tomo I. Madrid, 435.

13. NÖRR: *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, cit., 129. La clasificación de plenissima, plena y semiplena era de AZÓN. 1581: *Summa Azonis*. Venecia, lib. III, 1 (De iudicis), 18, 19. Con más precisión, DURANTE. 1602: *Speculum iuris*. Venecia, lib. I, Part. I, *De summaria cognitione*, 1, 2 y 3.

14. Merece la pena recordar el listado de la Partida III, tít. XVI: personas de mala fama, condenados por falso testimonio, falsificadores, envenenadores, abortistas, asesinos, adúlteros, libertinos, violadores, apóstatas, incestuosos, enajenados mentales, ladrones, proxenetas, tahúres, lesbianas transvestidas, pobres de solemnidad, mentirosos, incumplidores de sentencias, judíos, musulmanes, herejes (Ley 8), presos, toreros, prostitutas, libertos en pleito de su antiguo señor (Ley 10), siervos (salvo excepciones y bajo tormento, Leyes 12 y 13), así como en pleitos hereditarios, a mujeres y hermafroditas que «tirassen mas a varon que a muger» (Ley 17).

15. Pueden hallarse en la Partida III, tít. XVI y XVIII.

16. BENTHAM, Jérémie. 1823: *Traité des preuves judiciaires*. Paris, 9 a 15.

17. Especialmente reveladoras son estas palabras de su obra: «Qu'est-ce qu'une fausse règle en matière de procédure? C'est une règle qui tend à mettre en contradiction la décision du juge et la loi; qui entraîne le juge à prononcer contre sa persuasion intime, à sacrifier le fond à la forme...». BENTHAM: *Traité*, cit., 5.

18. AZÓN: *Summa Azonis*, cit., lib. III, 1 (De iudicis), 18, 19.

consideración el número y calidad de las pruebas plenas y semiplenas que se presentaran. Pero no debía ser así habitualmente. Una confesión concluía el proceso, igual que un documento público. Y cuando no existía este último, o las confesiones de las partes eran contrapuestas, se echaba mano de los testigos, que finalmente, como se advirtió, sólo había que sumar, llevándose la victoria aquel que más testigos consiguiera presentar sin *objectio*, es decir, sin ser tachados.

En el fondo, y ello se detecta todavía hoy en día, este sistema otorgaba una extraña –y falsaria– seguridad jurídica, puesto que nada dependía, en el fondo, de la libre apreciación del juez, sino del número de pruebas existentes, que no se valoraban al establecer el ordenamiento su evidencia. Con todo, el sistema era la viva imagen de la corrupción. En ninguna parte se decía que los testimonios no fueran valorados por el juez. Es más, en las Partidas<sup>19</sup> se detalla un completo –aunque a ratos ingenuo– método de interrogatorio del testigo y valoración del testimonio. Pero se solía prescindir del mismo por la sencilla razón de que los jueces delegaban ese interrogatorio en sus subalternos<sup>20</sup>, lo que favorecía que el mismo no se realizara, consistiendo en una simple ratificación. Además, es obvio que valorar un testimonio es mucho más complicado que computar un número de testigos.

### 3. LA CASI TOTAL ABOLICIÓN DEL SISTEMA

El sistema entró en crisis con la Ilustración. Influidos los juristas franceses por la libre valoración de la prueba que provenía de los jurados ingleses –que era el sistema preponderante de enjuiciamiento en ese país–, al instituir esos jurados asimismo en Francia, y ante el lógico desconocimiento de los mismos de las antiguas reglas del sistema legal, no quedaba otro remedio que introducir la libre valoración de la prueba a través de la expresión *intime conviction*.

No obstante, esas normas de prueba legal también existían en Inglaterra, aunque estaban algo atemperadas<sup>21</sup>, y desde luego superadas finalmente con el recurso al

19. Partida III, tít. XVI, Ley 28. Transcribo solamente una parte de dicha ley: «Mas si fuere ome vil, e sospechoso, que entendiesse el Juez, que anda desvariando en su testimonio; entonce devele fazer otras preguntas, por tomarle en palabras, diciendo assi: quando este fecho sobre que testiguas acaecio, que tiempo fazia? Estava nublado, o fazia Sol? O quanto ha que conociste estos omes de quien testiguas? E de que paños eran vestidos, quando acaescio esto que dizes? Ca por lo que respondiере a tales preguntas como estas, e por las señales que viere en la cara del, tomar apercibimiento el Juez, si ha de creer lo que dize el testigo, o non».

20. NR, Libro XII, título XXXII, leyes X, XVI y XVII.

21. BLACKSTONE, William. 1794: *Commentaries on the Laws of England*, Lib. III. London, 370 y ss.

«the best of their own knowledge»<sup>22</sup> de los miembros del jurado, expresión coloquial de la lengua inglesa que está en el origen de la *intime conviction* de la Ley francesa de 16-21 de septiembre de 1791 que desarrolló la institución del jurado<sup>23</sup>, creado a través de la *Constitution française* de 3-9-1791<sup>24</sup>. Con la introducción de la «íntima convicción» se cumplían las aspiraciones seculares de varios juristas que habían denunciado la absurdidad del sistema de valoración legal<sup>25</sup>, y se iniciaba el largo –y aún inconcluso– tránsito del siglo XIX al sistema de valoración libre, abandonando por completo el sistema de valoración legal en el proceso penal, y con mayor dificultad en el proceso civil.

El paso definitivo en el proceso civil se dio en Alemania<sup>26</sup>, aunque no fue en absoluto fácil<sup>27</sup>, pues había quien opinaba que el sistema de valoración legal daba mayor fijeza y seguridad jurídica que un uso difícilmente controlable de la «conciencia» de los

22. BLACKSTONE, William: *Commentaries on the Laws of England*, 373-374 y ss: «As to such evidence as the jury may have in their own consciences, by their private knowledge of facts, it was an ancient doctrine, that this had as much right to sway their judgment as the written or parol evidence which is delivered in court. And therefore it hath been often held, that though no proofs be produced on either side, yet the jury might bring in a verdict. For the oath of the jurors, to find according to their evidence, was construed to be, to do it according to the best of their own knowledge. This seems to have arisen from the ancient practice in taking recognitions of assise, at the first introduction of that remedy; the sheriff being bound to return such recognitors as knew the truth of the fact, and the recognitors, when sworn, being to retire immediately from the bar, and bring in their verdict according to their own personal knowledge, without hearing extrinsic evidence or receiving any direction from the judge. And the same doctrine (when attainments came to be extended to trials by jury, as well as to recognitions of assise) was also applied to the case of common jurors; that they might escape the heavy penalties of the attainment, in case they could shew by any additional proof, that their verdict was agreeable to the truth, though not according to the evidence produced: with which additional proof the law presumed they were privately acquainted, though it did not appear in court. But this doctrine was again gradually exploded, when attainments began to be disused, and new trials introduced in their stead. For it is quite incompatible with the grounds upon which such new trials are every day awarded, viz. that the verdict was given without, or contrary to, evidence. And therefore, together with new trials, the practice seems to have been first introduced, which now universally obtains, that if a juror knows any thing of the matter in issue, he may be sworn as a witness, and give his evidence publicly in court».

23. *Vid.* los debates de la Asamblea francesa, absolutamente esclarecedores sobre este tema, reproducidos en NIEVA FENOLL. 2010: *La valoración de la prueba*. Madrid, 73, nota 202.

24. Cap. V, art. 9.

25. *Vid.* al respecto TARUFFO, Michele. 1990: *Liberio convincimento del giudice (Il Diritto processuale civile)*, Enc. giur. Treccani, vol. XVIII. Roma, 1.

26. PATERMANN, Christian. 1970: *Die Entwicklung des Prinzips der freien Beweiswürdigung im ordentlichen deutschen Zivilprozess in Gesetzgebung und Lehre*. Bonn.

27. WALTER: *Freie Beweiswürdigung*, 331 y ss.

juzgadores<sup>28</sup>. Tuvieron que ser SAVIGNY<sup>29</sup> y otros<sup>30</sup> –ENDEMANN<sup>31</sup> sobre todo– los que explicaran que libre valoración no significa arbitrariedad y falta de motivación, sino todo lo contrario. Finalmente, el sistema de libre valoración de la prueba se introdujo en la ZPO alemana de 1877, actualmente vigente, en su §259, hoy §286<sup>32</sup>, aunque, igual que en otros lugares, subsistió la valoración legal de la prueba documental.

El sistema llegó a España con el Reglamento sobre el modo de proceder el Consejo Real en los negocios contenciosos de la Administración de 30-12-1846<sup>33</sup>, en cuyo art. 148 se introduce por primera vez el concepto «reglas de la sana crítica». Y con algunos pasos intermedios se introdujo en un código procesal ya en 1855, con motivo de la Ley de Enjuiciamiento Civil de ese mismo año, en su art. 317, con respecto a la valoración de las declaraciones de los testigos<sup>34</sup>. Ya en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 se introdujo también con respecto a la prueba pericial<sup>35</sup>.

Actualmente el sistema está vigente en toda la Ley de Enjuiciamiento Civil española, salvo en parte para la prueba documental y muy discutiblemente en relación con la prueba de declaración de las partes, como veremos seguidamente. Pero no son los únicos puntos en los que subsiste el antiguo sistema que, como vamos a ver, presenta una supervivencia sorprendente.

28. GNEIST, Rudolph. 1849: *Die Bildung der Geschworenengerichte in Deutschland*. Berlin, 62 y ss. BÄHR, *Die Grenzen der freien Beweistheorie*, cit., 413.

29. SAVIGNY, 1858: *Über Schwurgerichte und Beweistheorie im Strafprozesse*. Goldammer's Archiv, 469 y ss.

30. JARKE. 1826: *Bemerkungen über die Lehre vom unvollständigen Beweise, vornehmlich in Bezug auf die außerordentlichen Strafen*, Neues Archiv des Criminalrechts, 102-103. MITTERMEIER. 1834: *Die Lehre vom Beweiseim deutschen Strafprozesse*. Darmstadt, 66.

31. ENDEMANN, Wilhelm. 1858: «Die freie Beweisprüfung im Civilprozesse». *AcP*, 1858, n.º 41: 92 y ss. «Die Folgen freier Beweisprüfung im Civilprozesse». *AcP*, 1858, n.º 41: 289 y ss. «Die freie Prüfung des Zeugenbeweises». *AcP*, 1859, n.º 42: 246 y ss. «Der Urkundenbeweis ohne gesetzliche Beweisregeln». *AcP*, 1860, n.º 43: 1 y ss. «Der Eid bei freier Beweisführung». *AcP*, 1860, n.º 43: 349 y ss. *Die Beweislehre des Civilprozesses*. Heidelberg, 1860.

32. § 286 Freie Beweiswürdigung «(1) Das Gericht hat unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei. In dem Urteil sind die Gründe anzugeben, die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind (2) An gesetzliche Beweisregeln ist das Gericht nur in den durch dieses Gesetz bezeichneten Fällen gebunden».

33. *Gaceta de Madrid*, 21-01-1847, n.º 4512: 1.

34. Art. 317. «Los Jueces y Tribunales apreciarán, según las reglas de la sana crítica, la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos».

35. Arts. 609, 632.

## 4. LAS INCOMPREENSIBLES REMINISCENCIAS DEL SISTEMA DE PRUEBA LEGAL

Con la derogación del antiguo sistema y su total desautorización doctrinal, o simplemente lógica, toda la estructura de dicho sistema tendría que haber desaparecido por completo. Pero como tantas veces sucede en materia jurídica, los cambios cuestan. Existe entre los juristas no ya un cierto apego, sino un declarado afecto por «la tradición» que en materia científica resulta completamente inexplicable. La ciencia se rige por el método científico, es decir, por la experimentación y el contraste de los resultados, y en ello la tradición no posee el más mínimo papel.

En realidad, la tradición, en este contexto, no es más que un uso de la falacia *ad antiquitatem*. Los seres humanos la utilizan para dar una solidez aparente a un argumento erróneo, evocando que el contenido de dicho argumento es correcto porque ya estaba vigente en tiempos pasados. Ello resulta absurdo, porque el hecho de que algo se haya dicho en el pasado no quiere decir que sea cierto. Bien al contrario, el sistema de prueba legal es simplemente una aberración, una distorsión brutal de lo que inicialmente fueron solamente normas admonitivas, como ya se dijo, que intentaban guiar al juzgador. Si se hace de las mismas un fetiche, la orientación pierde toda lógica para convertirse en un vulgar sinsentido.

Aunque no se haya destacado de ese modo, varias de nuestras disposiciones actuales son vestigios de aquel sistema de prueba legal que, igual que el mismo, carecen de sentido, con más razón si el sistema del que provienen ni siquiera existe ya. La mayoría se refieren a la materia probatoria, pero otras no realmente, aunque proceden del mismo origen.

### 4.1. La prueba «plena»

La expresión «prueba plena» es una antigua categoría, antes referida, todavía muy utilizada por la jurisprudencia, por las leyes y hasta por el periodismo, simplemente porque es bastante contundente, pero sobre todo porque apela a una tradición –la del sistema legal– que la población todavía identifica, sorprendentemente, con bastante facilidad.

Bien al contrario, hay que explicar que en el sistema de valoración libre ya no pueden existir pruebas «plenas», en contraposición a pruebas de inferior categoría por no serlo. Como vimos, el campo de lo que era prueba plena estaba muy acotado, pero actualmente ya no existe, por lo que resulta absurdo seguirse refiriendo a tal concepto.

Ni siquiera tiene auténtico sentido hablar de prueba *prima facie*<sup>36</sup>, que es la prueba «semiplena» o «sumaria» de esos tiempos pasados, con más razón cuando se analiza su esencia y se descubre que, en realidad, muy pocas veces se juzga con una «apariencia» de prueba<sup>37</sup>. Ni tan solo cuando se decide sobre las medidas cautelares, porque en esos casos lo que suele producirse en realidad es un avance de la prueba que va a ser presentada en el proceso, en el antiguamente llamado «plenario».

«Plenario», por cierto, es una expresión que junto con «sumario» también hace referencia a categorías propias del sistema de valoración legal, en este caso en el proceso penal, distinguiendo con esas denominaciones las dos fases características de este proceso: la investigación o instrucción y el juicio oral. Para el plenario se requerían pruebas plenas o plenísimas. Para el sumario bastaban las pruebas sumarias o semiplenas, es decir, simples sospechas que debían alcanzar su plenitud si se quería llegar a una condena, dado que las presunciones estaban prohibidas o muy limitadas<sup>38</sup>. Resulta sorprendente hasta qué punto un antiguo sistema deja su huella después de tantas décadas de desuso.

## 4.2. La valoración de la prueba documental

Se trata, probablemente, de la reminiscencia más fácil de identificar. Los arts. 319 y 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española disponen el valor probatorio legal de los documentos públicos y privados en algunos extremos y con matices. Pero imponen esa valoración legal, de manera que, tratándose de un documento público, el juez debe creer su fecha, la identidad de sus otorgantes y que los mismos dijeron lo que allí se afirma, no que lo afirmado sea cierto. Los documentos privados tienen ese mismo valor si no son impugnados. En términos parecidos, aunque más extensivos, se presenta el valor de esta prueba en Francia<sup>39</sup>, Italia<sup>40</sup> y Portugal<sup>41</sup>.

36. Cfr. NIEVA FENOLL, J. 2007: *Enjuiciamiento prima facie*. Barcelona, 35-36.

37. Vid. NIEVA FENOLL, J. 2016: «Hacia una nueva configuración de la tutela cautelar». En *La ciencia jurisdiccional: novedad y tradición*. Madrid, 95.

38. Partida III, tít. XIV, Ley 12.

39. Art. 1371 CC. «L'acte authentique fait foi jusqu'à inscription de faux de ce que l'officier public dit avoir personnellement accompli ou constaté».

40. Art. 2700 Codice Civile. Efficacia dell'atto pubblico. «L'atto pubblico fa piena prova, fino a querela di falso, della provenienza del documento dal pubblico ufficiale che lo ha formato, nonché delle dichiarazioni delle parti e degli altri fatti che il pubblico ufficiale attesta avvenuti in sua presenza o da lui compiuti».

41. Artigo 371. Código Civil (Força probatória). «1. Os documentos autênticos fazem prova plena dos factos que referem como praticados pela autoridade ou oficial público respectivo, assim como dos factos que neles são atestados com base nas percepções da entidade

En Alemania<sup>42</sup> poseen valor legal los documentos públicos<sup>43</sup> y privados firmados por su autor<sup>44</sup>, las actas del proceso y la sentencia<sup>45</sup>.

Por supuesto, siempre es posible pensar que no tendría sentido que la ley negara la veracidad de esos evidentes extremos, y que por ello es razonable establecer en estos casos el valor legal. Pero lo que probablemente carezca de todo sentido es que la ley se dedique a recordarle al juez aspectos tan sumamente evidentes. Aunque la ley no lo dijera, ningún juez se atrevería a afirmar, sin más, que son falsos dichos extremos, porque sería absurdo negarlo, lo que sería inconciliable con la lógica aunque se dispusiera para los mismos la libre valoración. Dicho de otro modo, en la actualidad dichas disposiciones son solamente el residuo de las antiguas normas de prueba legal, y tienen más bien el aspecto de ser una apelación desesperada a su vigencia en los tiempos actuales.

Y es que, por otra parte, ¿qué sentido tiene *hoy en día* confiar en la fe pública de un ser humano? Actualmente disponemos de medios mucho más óptimos de acreditar la realidad, como la grabación de los actos de otorgamiento, ante notario incluso, que debiera ser sistemática sobre todo para controlar la presencia de frecuentes vicios del consentimiento, como el dolo o el error, o incluso de defectos de capacidad de los otorgantes, que un notario pudiera decidir pasar por alto dolosamente. Es cierto que un notario no puede dictaminar médicamente que una persona sufre alzheimer, pero también es verdad que cualquiera que hable dos minutos con una persona de capacidades cognitivas limitadas se percatará de sus dificultades.

En el pasado era obvio que sólo podíamos confiar en una pluralidad de testigos que juraban por dios para dar constancia a un acto jurídico, o teníamos que dar por

---

documentadora; os meros juízos pessoais do documentador só valem como elementos sujeitos à livre apreciação do julgador.

2. Se o documento contiver palavras emendadas, truncadas ou escritas sobre rasuras ou entrelinhas, sem a devida ressalva, determinará o julgador livremente a medida em que os vícios externos do documento excluem ou reduzem a sua força probatória».

42. Vid. BRITZ, Jörg W. 1997: «Beschränkungen der freien Beweiswürdigung durch gesetzliche Beweisregeln?». *ZfP*, 1997, 110: 61 y ss.

43. §415 *Beweiskraft öffentlicher Urkunden über Erklärungen*. «(1) Urkunden, die von einer öffentlichen Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises in der vorgeschriebenen Form aufgenommen sind (öffentliche Urkunden), begründen, wenn sie über eine vor der Behörde oder der Urkundsperson abgegebene Erklärung errichtet sind, vollen Beweis des durch die Behörde oder die Urkundsperson beurkundeten Vorganges.

(2) Der Beweis, dass der Vorgang unrichtig beurkundet sei, ist zulässig».

Vid. también §§416a a 418 *ZPO*.

44. §416 *Beweiskraft von Privaturkunden*. «Privaturkunden begründen, sofern sie von den Ausstellern unterschrieben oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet sind, vollen Beweis dafür, dass die in ihnen enthaltenen Erklärungen von den Ausstellern abgegeben sind».

45. §§165.II y 314 *ZPO*.

buena la «fe» pública de un escribano, lo que tiene también un trasfondo religioso importante, por cierto. Pero actualmente la prueba en el proceso ya no es una cuestión de fe, sino una materia de riguroso análisis epistemológico<sup>46</sup>. Antiguamente se confiaba mucho en la fe porque no había otro remedio que recurrir a la religión ante lo poco que ofrecía la ciencia, aunque ya en la época ofrecía más que lo que quizás se quería asumir. Hoy en día no se pueden confundir las creencias con el análisis probatorio. Por ello, despojada la prueba documental de los antiguos restos de su valoración legal, que estaban basados en esa creencia, los documentos deben ser valorados de forma libre, sin otro condicionamiento que el evidente e inevitable: el razonamiento judicial.

### 4.3. El juramento

El valor que aún mantiene el juramento en diversas legislaciones es todavía más sorprendente. Dicho valor legal lo encontramos todavía en multitud de países, alguno de los cuales, por cierto, promueve decididamente el laicismo. Ejemplos de ello son Francia con la confesión<sup>47</sup> y el juramento decisorio<sup>48</sup>, igualmente Italia<sup>49</sup>, Portugal<sup>50</sup>, Grecia<sup>51</sup> y Suecia<sup>52</sup> solamente con la confesión.

46. Por todos, TARUFFO, Michele. 2002: *La prueba de los hechos*, trad. de Jordi Ferrer Beltrán de *La prova dei fatti giuridici*. Milano, 1992, Madrid. TARUFFO, Michele. 2009: *La semplice verità*. Bari. FERRER BELTRÁN, Jordi. 2007: *La valoración racional de la prueba*. Madrid. GASCÓN ABELLÁN, Marina. 2004: *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Madrid-Barcelona. COHEN, Lawrence Jonathan. 1977: *The probable and the provable*. Oxford.

47. Article 1383 CC. «L'aveu judiciaire est la déclaration que fait en justice la partie ou son représentant spécialement mandaté.

Il fait foi contre celui qui l'a fait.

Il ne peut être divisé contre son auteur.

Il est irrévocable, sauf en cas d'erreur de fait».

48. Article 1385-3.2 CC. «Lorsque le serment déféré ou référé a été fait, l'autre partie n'est pas admise à en prouver la fausseté».

49. Art. 2733 CC. *Confessione giudiziale*. «È giudiziale la confessione resa in giudizio. Essa forma piena prova contro colui che l'ha fatta, purché non verta su fatti relativi a diritti non disponibili». Vid. también arts. 2736-2739 del Codice Civile en cuanto al juramento.

50. Artigo 358 CC (*Força probatória da confissão*). «1. A confissão judicial escrita tem força probatória plena contra o confitente».

51. Arts. 352 y 354 del Κοδικός Πολιτική Δικονομία. Vid. ORFANIDES, George. 2004: «Das Beweisrecht in Griechenland». En AA. VV. (ed. Lebre de Freitas): *The Law of Evidence in the European Union; Das Beweisrecht in der Europäischen Union; Le Droit de la Preuve dans l'Union Européenne*. Den Haag, 217-218.

52. Cap. 35, Sec. 3 del Código de procedimiento judicial. «If, in a case amenable to out of court settlement, a party admits a certain circumstances, his admission constitutes full proof

Cuando se comprueba que el juramento –y la confesión, también jurada– no son más que reminiscencias humanizadas de las ordalías<sup>53</sup>, se hace especialmente difícil mantener la vigencia de esta institución, no solamente en el ámbito probatorio, sino en cualquier situación. Seguir exigiendo el juramento, o la todavía más absurda promesa, a presidentes, ministros o cualesquiera cargos públicos no es más que mantener la tradición de unos actos iniciáticos que, despojados de su contenido religioso, no pasan de la categoría de *happening*. Por mucha pompa que quiera dárseles, son simplemente ridículos, por lo que deben ser abolidos, siendo sustituidos por la simple aceptación burocrática, a ser posible sin pompa, del nuevo titular de dichos cargos.

Pero en materia probatoria, dicha derogación es todavía más urgente. En ningún juicio debe darse por probado un hecho por la simple confesión de una de las partes, como recuerda muy acertadamente el art. 406 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882. Ni en un proceso penal, ni por supuesto en un proceso civil, porque un litigante puede equivocarse al afirmar un hecho, y no por ello podemos dar por buena en un proceso esa realidad falseada. Tampoco puede aceptarse que un litigante mienta, y deba prevalecer su declaración pese a que en el proceso se presenten pruebas que acrediten esa falsedad.

Y ni siquiera cuando su declaración le perjudique, como trata de decir con discutible fortuna el art. 316.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>54</sup>, porque el hecho de que un litigante reconozca como auténtico aquello que le perjudica no quiere decir que sea cierto, sino que habitualmente quiere decir simplemente que se ha equivocado, dado que de lo contrario hubiera dado la razón a su adversario antes de iniciar el proceso. Tampoco es el proceso jurisdiccional un ámbito para sancionar los errores o los descuidos de un litigante, igual que tampoco lo es para premiar la «habilidad» de la contraparte<sup>55</sup> aprovechándose ilegitimamente de esos errores, alejando al juez de la realidad y obrando, de hecho, de un modo muy similar a aquel pobre litigante de hace casi 2.000 años que perdió un proceso por decir cepas (*vites*) en lugar de árboles (*arbores*), como lo contó GAYO<sup>56</sup>. No se trata, por tanto, de volver al proceso de las *legis actiones*.

---

against him. If the party withdraws his admission, the court shall determine, in view of the alleged reasons for the withdrawal and other circumstances, the evidentiary value of the admission, if any.

In cases other than those mentioned in the first paragraph, the court shall determine the evidentiary value of the admission with respect to the particular circumstances».

53. PATETTA. 1890: *Le ordalie*. Torino, 14-15. LÉVY-BRUHL, Henri. 1964: *La preuve judiciaire*. Paris, 59.

54. Si no lo contradice el resultado de las demás pruebas, en la sentencia se considerarán ciertos los hechos que una parte haya reconocido como tales si en ellos intervino personalmente y su fijación como ciertos le es enteramente perjudicial.

55. Vid. JAUERNIG y HESS. 2007: *Zivilprozessrecht*. München, 100.

56. GAYO. 1995: *Instituciones*, trad. Abellán, Arias, Iglesias-Redondo, Roset. Madrid, IV, 11.

En consecuencia, el juramento y la confesión deben ser abolidos. La declaración que haga cualquier persona será tenida racionalmente por cierta, pero sólo si el juez encuentra méritos objetivos para ello basados en la psicología del testimonio. No es preciso que exista ningún precepto que ordene creer lo declarado por un litigante, porque ello sería antiepistémico. Tampoco tiene por qué dudarse, en principio, de la sinceridad de una persona que ha realizado unas declaraciones ante un notario, porque de lo contrario no las hubiera expresado, pero no es preciso que ley alguna imponga la veracidad intrínseca de dichas declaraciones, porque pueden ser falsas. Todavía persiste la conciencia de que esas disposiciones facilitan la contratación civil y mercantil, pero nada hay en ello de cierto. En los Estados donde no existe el valor privilegiado de esas pruebas, la contratación no ha sufrido merma alguna. Simplemente porque nadie se atreve a negar que dijo algo que consta perfectamente que dijo, lo que puede reforzarse, como ya se indicó, con la grabación de su declaración.

#### 4.4. La ficta confessio

Curiosa es también la subsistencia de preceptos que imponen la llamada *ficta confessio*. Los arts. 261.4, 304, 307 o 329 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española son ejemplos de esta trasnochada institución que todavía persisten.

Todas esas normas dan por cierta la versión de un documento ofrecida por un litigante que solicita su exhibición a la contraparte, si esta última no los exhibe (arts. 261.4 y 329), o bien no comparece a declarar o se niega a hacerlo, o bien da respuestas evasivas a lo que se le pregunte en el marco de una prueba de declaración de las partes (arts. 304 y 307).

Tales preceptos intentan establecer un estímulo a los litigantes para que colaboren con la justicia, pero responden a una lógica extraordinariamente antigua, que tiene mucho más que ver con una concepción atávica de la carga de la prueba –que después se analizará– antes que con un sistema en el que rige la libre valoración de la prueba.

En un sistema en el que gobierna la racionalidad, quien calla no oculta nada, sino que simplemente no dice nada. Y quien no exhibe un documento puede ser que no lo tenga a su disposición, sin más. De ahí que acertadamente el art. 329 LEC disponga que el juez puede proceder a esa *ficta confessio* pero sólo «tomando en consideración las restantes pruebas», lo que equivale a decir que, en realidad, no hay *ficta confessio*, porque no se valora realmente el silencio del litigante, sino las otras pruebas<sup>57</sup>. Algo parecido, aunque no de forma tan contundente, dispone el art. 261.4 LEC. En todo caso,

57. Vid. al respecto el problema suscitado en este sentido en el proceso penal con la inopinada sentencia del caso MURRAY. STEDH 18731/91. 8-2-1996.

no se trata de normas de valoración legal, sino de preceptos que intentan conservar su originario valor admonitivo.

En realidad, debiera prescindirse incluso de ese valor. En absoluto debe darse por cierta la versión de un documento que aporte una de las partes si la otra no lo exhibe, y no existen pruebas adicionales para semejante proceder. Al contrario, el juez puede valorar los hechos alegados en el proceso con las pruebas de que disponga. Pero para ello le asistirá mucho más la racionalidad que implica la libre valoración antes que un consejo legal que pocas veces puede ser tenido en cuenta en realidad, y que, además, en absoluto suele representar estímulo alguno.

Lo mismo sucede con el silencio o las evasivas del litigante. No es que de ese comportamiento no pueda inferirse racionalmente ocultación, sino que, como ya ha quedado dicho en el anterior epígrafe, si no puede darse por probado un hecho porque lo diga una de las partes, ni aunque lo jure, mucho menos si ni siquiera lo afirma, sino que sencillamente guarda silencio.

En consecuencia, la *ficta confessio* no es más que una norma derivada del antiguo valor legal del juramento. Abolido éste, debe desaparecer también dicha institución.

#### 4.5. Las tachas de testigos

La tacha, la antigua *obiectio* del *ius commune*, no es más que otro resto del sistema de valoración legal cuya operatividad ya ha sido referida. En una época en la que los procesos se ganaban simplemente por haber podido presentar más testigos que la otra parte, las tachas representaban un instrumento poderosísimo.

Aunque alguna de las razones de la tacha era lógica, solían responder a las obsesiones y exclusiones sociales de la época, como ya se vio anteriormente con la cita de la Partida III<sup>58</sup>. Actualmente han desaparecido de muchas leyes procesales, entre ellas la italiana, la francesa o la alemana. Pero la Ley de Enjuiciamiento Civil española las conserva para los peritos de parte (art. 343) y para los testigos (377). Ya no suponen la expulsión del proceso del testigo o del perito, pero sí intentan mostrarle al juez la proximidad del declarante con una de las partes o con el objeto del proceso –vínculo familiar o de dependencia laboral, amistad o enemistad, interés en la causa–, o bien el hecho de haber mentido en otras ocasiones al haber sido condenado por falso testimonio. Con ello se trata de que el juez tenga en cuenta, libremente, estas circunstancias en la valoración de la declaración. Con el mismo fin se le leen al testigo las «preguntas generales» (art. 367), que tratan de descubrir al inicio de la declaración una circunstancia de tacha.

58. Partida III, tít. XVI.

Pero todo ello, aunque tiene una voluntad noble de ayudar al juez, no es más que un residuo del sistema de valoración legal, en el que esas circunstancias provocaban la utilísima exclusión a los efectos de la «valoración» tasada de la prueba. Pero hoy en día no hacen sino interponerse en la libre valoración pudiendo provocar importantes prejuicios en la mente judicial. Un familiar o un amigo no tienen por qué ser mentirosos profesionales, sino que pueden razonablemente declarar la verdad. Si ya de inicio el juez les escucha con prevención, es imposible que valore imparcialmente su declaración, porque está condicionado.

Al contrario, lo correcto es no informar de esas circunstancias hasta el final del interrogatorio, momento en el que se puede comprobar en qué medida han podido influir en la veracidad del testimonio, dependiendo de cuál sea el tema discutido en el proceso<sup>59</sup>. Por ello, todo el sistema de tachas y preguntas generales debiera ser derogado de inmediato.

#### 4.6. La carga de la prueba

Muy interesante es la consideración de la carga de la prueba. Como es sabido, aunque a la misma se hacía referencia implícita en el Derecho romano, no tuvo la operatividad que alcanzó después durante la vigencia del sistema legal de valoración.

Dicha operatividad era verdaderamente sorprendente. Actualmente resulta evidente que la carga de la prueba es una institución extrema, una auténtica *ultima ratio* que sólo se activa cuando no hay prueba<sup>60</sup>, es decir, cuando no ha existido en absoluto o en los escasos supuestos en que toda la practicada sea tan extremadamente infructuosa que el juez no disponga de material alguno que valorar. Entonces el ordenamiento le ordena que decida cuál de las partes estaba más próxima<sup>61</sup> de una prueba para aportarla al proceso y no lo hizo. Es decir, cuál de las dos partes lo tenía más fácil para aportar medios de prueba y omitió dicha aportación<sup>62</sup>. De esa conducta<sup>63</sup> infiere la ley que si el litigante no aportó la prueba es porque la ocultó al no interesarle aportarla, y por ello le condena.

59. Vid. NIEVA FENOLL: *La valoración de la prueba*, cit., 265 y ss.

60. ROSENBERG, SCHWAB y GOTTWALD. 2011: *Zivilprozeßrecht*. München, 645.

61. BESSO-MARCHEIS. 2015: «La vicinanza della prova». *Revista Eletrônica de Direito Processual*, 2015, v. 16: 93 y ss. En: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/19962/14303>.

62. Vid. la explicación de este aserto en NIEVA FENOLL, 2016: «Los sistemas de valoración de la prueba y la carga de la prueba: nociones que precisan revisión». En *La Ciencia Jurisdiccional: novedad y tradición*. Madrid, 271 y ss.

63. MUÑOZ SABATÉ, Lluís. 2007: *Introducción a la probática*. Barcelona, 111. LEIPOLD, Dieter. 1997: «Comentario al §286 ZPO». En Stein y Jonas. *Kommentar zur ZPO*. Tübingen, 556.

Como se puede suponer, planteado en esos términos, el juicio se hace difícilísimo, e incluso seguir la tradicional regla básica en materia de carga de la prueba –que quien alegue un hecho presente la prueba del mismo– se puede hacer muy injusta, por mucho que la hayan dispuesto las leyes de diversos Estados (art. 217 LEC, 1.315 del Código Civil francés<sup>64</sup> o 2.697 del Código Civil italiano<sup>65</sup>). Ya es difícil valorar la prueba, pero imaginar quién pudo tener una conducta obstruccionista en el proceso puede ser una misión imposible. De ahí que las leyes citadas sean tan contundentes, lo que no quiere decir que, a la postre, sean adecuadas.

Pero como se ve, la institución se utiliza actualmente al final del proceso, ya en fase de deliberación, cuando la valoración de la prueba es infructuosa. Sin embargo, bajo la vigencia del sistema legal, la carga de la prueba se utilizaba antes de la práctica de la prueba, es decir, en un momento muy inicial, como evoca el Código Civil italiano al situar esa norma en el primer lugar del apartado de la prueba, o como era el caso de los manuales de Derecho procesal antiguos<sup>66</sup>.

La razón se hace obvia. En el antiguo sistema un litigante, para ganar el proceso, debía tener una confesión de la contraria, o su propio juramento, o un documento público o al menos dos testigos. Si carecía siquiera de cualquiera de esos medios de prueba, ya no merecía la pena empezar el proceso porque iba a ser condenado. De ahí que la doctrina se esforzara en indicar qué litigante debía probar cada hecho, para averiguar ya al principio del proceso si podía disponer, al menos *prima facie*, de tal prueba. De ahí proviene también la afirmación, todavía muy frecuente, de que los demandantes deben probar los hechos constitutivos, y los demandados los impositivos, extintivos y excluyentes, con todos los problemas conceptuales que tiene esa clasificación<sup>67</sup>. En otras palabras, el actor debía aportar pruebas de su demanda, y el demandado de sus excepciones.

Si no presentaban tales pruebas, con independencia de su valoración posterior en la fase correspondiente, el proceso no podía continuar. Y en ese momento la carga de la prueba era una institución operativa, útil y sobre todo coherente con el sistema legal. En dicho sistema cada litigante sabe con mucha precisión lo que tiene que hacer, aunque sea absurdo. Y si no lo hace, es obvio que perderá el proceso.

64. «Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver.

Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation».

65. «Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda».

66. BARTOLO DE SASSOFERRATO. 1550: *Commentaria in primam codicis partem*. Lyon, 158. DURANTIS, Gulielmus. 1585: *Speculum iuris*, pars II. Venecia, 618.

67. LEIPOLD, Dieter. 1997: «Comentario al §286 ZPO». En Stein y Jonas. *Kommentar zur ZPO*. Tübingen, 527.

Todo cambia con el sistema de libre valoración, porque en el mismo ya nada es obvio, en el sentido de que las pruebas se practicarán en el proceso con independencia de a qué litigante puedan beneficiar, porque *a priori* es imposible saber su resultado. Con ello, la prueba intentará acercar al juez a la realidad de los hechos, y de lo que haya podido averiguar de la misma inferirá su juicio jurisdiccional, con una resolución racional y epistémicamente bien construida, sin que la ley le haya dispuesto ningún mapa que a la postre puede resultar altamente irracional.

Lo que es obvio es que en ese escenario es absurdo que la ley indique quién tiene que probar un hecho, por lo que la carga de la prueba queda como una institución casi vacía de contenido, si no fuera porque todavía presenta alguna utilidad extrema en el momento que antes se ha señalado: al final del proceso, en caso de insuficiencia probatoria. Pero esa utilidad, como se ha indicado, es muy difícil en sus propios términos. Lo que hay que hacer, en realidad, es optimizar la valoración de la prueba para que dé sus frutos.

#### 4.7. Las presunciones

Tampoco tiene sentido en todo este panorama la marginación de las presunciones<sup>68</sup>. La erróneamente llamada «prueba de indicios» y su correspondiente clasificación como especie directa del resto de pruebas tenía su razón de ser en oposición a las pruebas tasadas: el documento público, los dos testigos, el juramento o la confesión. Esas pruebas eran también indiciarias, pero al señalarlas la ley como verdades inmutables, se oponían a cualquier otra versión alternativa del relato del proceso, que quedaba en la mera categoría de indicios<sup>69</sup>.

Es decir, los indicios eran solamente lo que quedaba cuando no había pruebas plenas y ni siquiera una pluralidad de semiplenas. En ese contexto, la presunción era poco menos que nada, porque no se alcanzaba ninguno de los estándares o medidas de prueba –como prefiere decir el Derecho alemán–<sup>70</sup> requeridos por las leyes, como todavía, por cierto, se llama a algunos de esos niveles probatorios, arrastrando quizás, también en esta materia, algo del antiguo sistema de prueba legal.

68. Obligada es la cita de SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. 1963: *Normas de presunción en el Código Civil y en la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Barcelona. CARRERAS LLANSANA, Jorge. 1962: «Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones». En Fenech y Carreras, *Estudios de Derecho Procesal*. Barcelona, 335 y ss.

69. Lo evidencia MENOCHIUS, Iacobus. 1594: *De praesumptionibus, coniecturis, signis et indiciis*. Torino, 2.

70. SCHERER, Inge. 1996: *Das Beweismaß bei der Glaubhaftmachung* («Prozessrechtliche Abhandlungen», Bd. 101). Köln, Berlin, Bonn, München. LEIPOLD, Dieter. 1996: *Wahrheit und Beweis im Zivilprozeß*. FS Nakamura, 307 y ss.

Pero hoy en día sabemos que la presunción no es más que una descripción tradicional de nuestro propio pensamiento. Es el antiquísimo sistema del silogismo propio de la lógica formal aristotélica, con el que se puede describir de modo básico cualquiera de nuestros pensamientos. Además, también es preciso señalar que con el silogismo propio de la presunción también puede describirse la mecánica de cualquier medio de prueba<sup>71</sup>. Un documento, un testigo o la declaración de un litigante no son sino indicios para que el juez pueda llegar a una conclusión fáctica en el proceso, es decir, para que pueda llegar a averiguar el hecho desconocido en el proceso, esto es, la razón por la que se ha practicado la prueba. A dicho hecho se le puede llamar en todo caso hecho presunto, pero no es necesario. En la medida en que los hechos a averiguar en un proceso son desconocidos de entrada, la conclusión sobre los mismos no puede ser sino el producto de una presunción establecida a partir de unos indicios de los que se deriva la declaración judicial de los hechos. Así es siempre en el sistema de valoración libre.

Y si las cosas son de ese modo, ya no tiene sentido, como se ha dicho, separar las presunciones como si fueran algo diferente de los medios de prueba, porque los mismos están basados en ese mismo razonamiento lógico-deductivo. Siendo así, la categoría «prueba indiciaria» o «prueba circunstancial» o «prueba de presunciones» debe desaparecer en beneficio del estudio epistemológico de la prueba, que ya cuenta hoy en día con aportaciones doctrinales verdaderamente sólidas<sup>72</sup>.

## 5. LOS PROCEDIMIENTOS EJECUTIVO Y MONITORIO

Aunque no se haya detectado de ese modo, el procedimiento o juicio ejecutivo, ejecución de títulos no jurisdiccionales, también es heredero directo del sistema de valoración legal de la prueba. De hecho, nuevamente, tiene sentido en ese marco, y no tanto si la valoración de la prueba es libre, aunque sigue conservando cierta utilidad si el título ejecutivo es altamente verosímil.

Ese procedimiento se creó como consecuencia de ser la confesión y la escritura pública que reconocía la deuda confesada<sup>73</sup>, pruebas de valoración legal en el antiguo sistema<sup>74</sup>. El deudor que poseyera ese título estaba dispensado de cualquier otra prueba, puesto que, frente a la fe de un escribano –actual notario–, era muy difícil oponer

71. MUÑOZ SABATÉ. 1993: *Técnica probatoria*. Barcelona, 20.

72. Nuevamente, por todos, TARUFFO: *La prueba de los hechos*, *op. cit. passim*.

73. Es algo parecido a lo que sucedía en el *trial by certificate* del Derecho inglés, en situaciones, no obstante, bastante diferentes a la considerada en este epígrafe. *Vid.* BLACKSTONE: *op. cit.*, 330 y 333 y ss.

74. DE HEVIA BOLAÑOS, Juan. 1989: *Curia Philipica*, tomo I, reimpr. de la edición de Madrid 1797. Valladolid, 100 y ss.

testigos que pudieran declarar la falsedad del título, o siquiera desvirtuar por otro camino ese medio de prueba. En consecuencia, reaccionaba el ordenamiento y ahorraba la celebración del larguísimo y farragoso *solemnis ordo iudiciarius* al ser completamente innecesario por tener el demandante la prueba privilegiada que necesitaba. Al no precisarse, por tanto, el proceso de declaración, con la presentación del título podía despacharse directamente ejecución, es decir, comenzar inmediatamente el proceso de ejecución, dejando una pequeña fase declarativa interpuesta para el improbable caso de que el deudor pudiera desvirtuar el título<sup>75</sup>.

Lo anterior es quizás de lo poco que puede salvarse del sistema de valoración legal. Lo cierto es que a día de hoy la escritura pública conserva una verosimilitud extraordinaria, y aún podrían añadirse otras garantías tecnológicas que la reforzarían todavía más. En consecuencia, puede conservarse este original procedimiento, aunque es muy positivo saber de dónde proviene, precisamente para descartar ya definitivamente las antiguas discusiones sobre si se trataba de un proceso de declaración o de ejecución<sup>76</sup>. En las condiciones descritas no cabe duda de que el procedimiento es de ejecución.

De similar modo el procedimiento monitorio, aunque tiene claros antecedentes romanos<sup>77</sup>, puede haber surgido precisamente en la época del *ius commune* porque persigue obtener otro de los medios de prueba privilegiados: la confesión<sup>78</sup>, en este caso de la deuda. No se trataba de una actitud inusual de un deudor demandado sin defensa<sup>79</sup>. Lo que fue –en parte– original de la época bajomedieval fue aislar un procedimiento como consecuencia de que el juez, a requerimiento del demandante, formulara un *mandatum de solvendo cum clausula iustificativa*.

Pero lo que se buscaba en realidad era, como se ha dicho, esa confesión, acompañada, si era posible, del pago. Pero la novedad es que se deducía la confesión de la falta de respuesta, operándose, aquí sí, una auténtica *ficta confessio* propia de aquel período histórico. Se trata, por tanto, de otro vestigio del antiguo sistema, pese a que conserva su utilidad en la actualidad.

75. HEVIA BOLAÑOS: *op. cit.*, 115.

76. GIRBAU COLL, Alexandre. 2009: «El juicio ejecutivo: perspectiva histórica desde el prisma del título ejecutivo». En *Realismo jurídico y experiencia procesal; Liber amicorum a Manuel Serra Domínguez*. Barcelona, 571 y ss.

77. Vid. NIEVA FENOLL: «Aproximación al origen del procedimiento monitorio». En *La ciencia jurisdiccional: novedad y tradición*, cit., 197 y ss.

78. *La confessio in iure*. KASER y HACKL. 1996: *Das römische Zivilprozessrecht*. München, 72.

79. Incluso se alude a esta actitud del demandado en el Derecho inglés: BLACKSTONE: *op. cit.*, 302-303. También en el Derecho castellano: CONDE DE LA CAÑADA: *op. cit.*, 94.