

¿Qué es la sana crítica?

La valoración judicial del dictamen experto*

Fernando ZUBIRI DE SALINAS

1. INTRODUCCION

Decía el profesor Garrigues, citando a Vivante, al abordar el tema del método en la investigación del derecho mercantil: no se permita jamás tratar una institución jurídica si no se conocen a fondo la estructura técnica y la función económica de la misma: acudan a las bolsas, a los bancos, a las agencias, a las sociedades mercantiles, a las secretarías judiciales, en busca del material necesario para comprender aquella estructura y aquella función.¹

Los jueces, para comprender la realidad económica a la que aplicamos el derecho, no tenemos que asomarnos a las secretarías judiciales, que son el ámbito propio en el que desarrollamos nuestra función. Pero sí debemos acudir a las demás instituciones enunciadas, hemos de conocer los avances en la economía, el mundo de la empresa, el mercado de capitales y otras instituciones que la realidad económica va haciendo surgir, con más rapidez de la que la norma jurídica es capaz de seguir.

De este modo daremos plenitud de contenido a aquella vieja, pero a mi juicio totalmente viva, definición de Ulpiano acerca de lo que significa la jurisprudencia: *divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*² Conviene que el juez, además de un conocimiento técnico del derecho, tenga noticia de todo lo divino y lo humano; especialmente, en lo que ahora nos concita, de todo aquello que forma parte de la actividad de los hombres, y entre ella, de la economía y de la empresa. Noticia que no ha de ser mero dato extraído de un titular de prensa, de conversación superficial o de prejuicio instalado en el sentir común, sino que debe hacer honor a su nombre y constituir auténtico conocimiento, aunque no exhaustivo, de estas materias.

A mi juicio, el conocimiento de la realidad económica por parte de los jueces ha de ser todo lo amplio que resulte posible, pero no habrá de constituirse por mero aluvión de contenidos, aportados de forma acrítica, sino que deberá integrar la capacidad reflexiva para valorar la actual organización económica, de forma abierta y no unidireccional, planteando hipótesis alternativas a la realidad circundante. Y esa formación económica, en cuanto facilitada por el propio Poder Judicial, habría de es-

tar dirigida no a la autosatisfacción del juez, que se siente *puesto al día* en materias que cobran hoy gran relevancia y notoriedad, que *están de moda*; ni tampoco a preparar expertos juristas con amplios conocimientos de derecho de la empresa, prestos a dejar la jurisdicción para integrarse en el mundo *vip* de grandes entidades empresariales y financieras. Sin menospreciar estas opciones personales, creo que la formación económica del juez ha de estar dirigida a un mejor, más acertado ejercicio de la jurisdicción, lo que se realiza a través del proceso, interpretando el derecho según la realidad social del tiempo actual y conforme a los preceptos y principios constitucionales —arts. 3.1 del Código Civil y 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial—, sin olvidar, en todo caso, para quién administramos justicia. En último término, recordando siempre que las garantías vienen establecidas para la protección del más débil.³

No obstante, y en cuanto no tenemos capacidad personal de conocer, el proceso pone en nuestras manos un instrumento fundamental para ayudarnos a adoptar la decisión jurídicamente adecuada a la controversia que es sometida a nuestro conocimiento: el dictamen del perito.

El artículo 335 de la Ley de Enjuiciamiento Civil nos dice que cuando sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o para adquirir certeza sobre ellos, las partes podrán aportar al proceso el dictamen de peritos que posean los conocimientos correspondientes o solicitar, en los casos previstos en esa Ley, que se emita dictamen por perito designado por el tribunal.

La pericial se configura como un medio de prueba indirecto y de carácter científico, a través del cual se pretende lograr que el juez, que desconoce cierto campo del saber humano, pueda valorar y apreciar técnicamente unos hechos que ya han sido aportados al proceso por otros medios probatorios, y así tenga conocimiento de su significación científica, artística o técnica, siempre que tales conocimientos especiales sean útiles, provechosos u oportunos para comprobar algún hecho controvertido.

Se ha discutido doctrinalmente si la pericial es un medio de prueba o si el perito es un mero auxiliar del juez. Discusión que estimo irrelevante en estos momentos, pues en todo caso el hecho de constituir un especial auxilio a la actividad del juez a la hora de valorar los hechos por aportarle las máximas de experiencia necesarias para constatarlos, la consolida como medio de prueba.

Davis Echandía estudia detalladamente esta cuestión, enlazándola con la relativa a la valoración de la

* El presente trabajo constituye el resultado de la reflexión surgida tras la preparación y desarrollo del curso sobre *Contabilidad y Auditoría*, celebrado en Valencia, octubre de 2003, en el seno del Plan de Formación Continuada para Jueces y Magistrados del Consejo General del Poder Judicial, en el que fui codirector, juntamente con Alfred Albiol Paps. Quiero agradecer a los allí concurrentes las ideas surgidas del debate, que en parte se incorporan al texto.

¹ Joaquín Garrigues: *Curso de derecho mercantil*. Tomo I, quinta edición, pag. 42.

² Digesto 1, 1, 10. La jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y de lo injusto. Versión castellana, de Álvaro D'Ors y otros. Aranzadi, 1968.

³ Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías: la ley del más débil*, trad. de P. Andrés Ibáñez y A. Greppi, Trotta, 1999.

prueba pericial. Frente al sistema de prueba legal o tasada, las legislaciones modernas reconocen la libertad del crítica del juez frente a la pericia.

“La doctrina moderna está de acuerdo en esta libertad, que consideramos indispensable para que el perito no usurpe la función jurisdiccional del juez y para que éste pueda controlar cabalmente si el dictamen cumple o no los requisitos para su existencia, validez y eficacia probatoria. Quienes defienden la libre valoración por el juez de las pruebas en general, obviamente la reclaman para la peritación; quienes estiman que no se trata de un verdadero medio de prueba, sino de un acto auxiliar para ilustrar al juez en materias técnicas, artísticas o científicas, con mayor razón consideran que las conclusiones del dictamen nunca vinculan al juzgador”⁴.

Al decir de Cortés Domínguez, el medio de prueba es “el mecanismo a través del cual el órgano judicial adquiere una serie de conocimientos sobre los hechos objeto de debate que permiten, correctamente interpretados y valorados, llegar a una conclusión acerca de la existencia de los hechos alegados por las partes”⁵.

2. LA VALORACION JUDICIAL DE LOS DICTAMENES DE PERITOS: SIGNIFICADO DE LA SANA CRITICA

El artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 expresaba que los jueces valorarán la prueba pericial según las reglas de la sana crítica, sin que tengan que sujetarse al dictamen de los peritos. El contenido normativo de ese precepto se mantiene en el artículo 438 de la vigente Ley procesal civil.

La interpretación que de tales preceptos se ha hecho generalmente por la doctrina y por la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo entiende que la prueba de peritos es de libre apreciación para jueces y tribunales. Los peritos no suministran al juez su decisión, sino que le ilustran sobre el caso y le dan su parecer, pero éste puede llegar a conclusiones diversas a las que han obtenido los peritos.

Este criterio de la libre valoración de la prueba pericial es recogido en multitud de sentencias del Tribunal Supremo, gran parte de ellas dedicadas a explicar la inatacabilidad en casación de la valoración de la prueba efectuada por el tribunal de instancia. Entre otras, la sentencia de 28 de noviembre de 1992 expresa: “la prueba pericial debe ser valorada libremente por el juzgador de acuerdo con la sana crítica, por lo que no puede ser atacada en casación, puesto que no constan en norma legal alguna concreta que pueda ser invocada en el recurso de casación las reglas a que deba sujetarse, salvo que esa valoración conduzca a una situación absurda, ilógica o contradicto-

ria en sí misma”. Y la de 24 de octubre de 2001, recogiendo doctrina anterior, mantiene que “La remisión que el invocado artículo 1243 del Código civil hace a la Ley de Enjuiciamiento civil para determinar el valor de la prueba pericial, nos lleva directamente al artículo 632 de esta última que deja en libertad al juzgador para apreciarla según las reglas de la sana crítica que ha de exponer en su acogimiento o rechazo —sentencias de 6 de febrero de 1987 y 22 de febrero de 1989— sin que esa apreciación, salvo que falte, sirva para fundamentar un recurso de casación como han establecido las sentencias de 14 de febrero, 7 de marzo, 20 y 24 de abril de 1989”. El profesor Font Serra recoge ampliamente esta doctrina, con cita de jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo, y sistematiza los supuestos en que el Tribunal Supremo entiende que no se han seguido los postulados de la sana crítica.⁶

En opinión del magistrado Martínez García, recogiendo un criterio generalizado, el principio es el de libre valoración por parte del juez; sin embargo, y comoquiera que éste no puede incurrir en la arbitrariedad, debe motivar su decisión cuando ésta resulte contraria al dictamen pericial unánime, cuando se decida por una de las alternativas de las varias que haya (sobre todo si es la minoritaria) y cuando se decida por uno de los dictámenes contradictorios, optando por el que le resulte más convincente y objetivo, quedando en cambio dispensado de justificar su rechazo cuando el dictamen tampoco dé razones del resultado al que llega.⁷

Los procesalistas coinciden en que, al no existir reglas preestablecidas que rijan el criterio estimativo de la prueba pericial, no puede invocarse en casación la infracción de precepto alguno en tal sentido, pues el juez tiene siempre la facultad y el deber de examinar la concatenación lógica y la fuerza convincente del dictamen, no pudiendo aceptar conclusiones que no se basen en hechos y datos que el mismo considere probados. En este sentido, Montero Aroca mantiene que no existen reglas legales de valoración, y considera la sana crítica, citando jurisprudencia, como el “razonar humano” (STS de 29 de enero de 1991), que corresponde a “la lógica interpretativa y el común sentir de las gentes” (STS de 4 de marzo de 1994).⁸

Por su parte Font Serra expresa, citando a Couture, que se entiende por reglas de la sana crítica una combinación de los criterios lógicos y de las máximas de experiencia que debe utilizar el juez para apreciar la prueba, descripción que —con razón, a mi juicio— le parece artificiosa.⁹

2.1. Examen judicial del informe

Creo que, con estas y otras explicaciones, no se llega a entrar en el fondo de la cuestión. La valora-

⁴ Devis Echandía: *Teoría general de la prueba judicial*, tomo II, pág. 347.

⁵ Valentín Cortés Domínguez, citado por Ángel Santiago Martínez García: *La prueba en el proceso civil*. Cuadernos de derecho judicial, 34, 1993, págs. 41 y ss.

⁶ Eduardo Font Serra: *El dictamen de peritos en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. En Cuadernos de derecho judicial. La prueba. Pág. 104 y ss.

⁷ Ángel Santiago Martínez García: obra citada, pág. 94.

⁸ Juan Montero Aroca: *La prueba en el proceso civil*. Civitas, 2002, págs. 278-279.

⁹ Eduardo Font Serra: *El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial en el proceso civil*. Págs. 183 y ss.

ción de la prueba conforme a la sana crítica supone un pronunciamiento del legislador, contrario al principio de prueba legal o tasada, pero que no puede equipararse sin más a la libre valoración de la prueba. Lo que sucede es que, ante un concepto jurídico tan sumamente indeterminado, que nunca ha sido realmente fijado en sus contornos ni por el legislador ni por el Tribunal Supremo, al crear jurisprudencia, como —art. 1.6 del Código Civil— instrumento que complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho, los jueces hemos quedado sin armas ni bagajes para valorar cuestiones científicas o técnicas.

Hernández García pone el dedo en la llaga, cuando razona sobre que “en España no existe, en términos generales, un diálogo interdisciplinar que permita a los operadores jurídicos, especialmente a los jueces, aprehender la solución a los problemas apuntados. Sigue observándose, como destaca Damaska, un problema de relación entre dos culturas. La preocupación fundamental de los jueces en relación con la prueba científica sigue centrándose, por un lado, en los aspectos procedimentales de producción del medio probatorio y, por otro, en la juridificación de la valoración del resultado científico aportado, mediante la aportación de fórmulas generales (sana crítica, libre convencimiento, prudente arbitrio) y, en el mejor de los casos, de cánones singulares (racionalidad conclusiva, cualificación del perito, claridad expositiva, ausencia de contradicciones internas o externas) que nada tienen que ver con las condiciones exigidas por el método científico para que una conclusión o hipótesis pueda ser tenida como aproximativamente fiable o segura. Fórmulas valorativas cuya finalidad no es otra, en muchos casos, que intentar legitimar comportamientos sustancialmente elusivos de los deberes judiciales de motivación justificativa de los presupuestos de la decisión”.¹⁰

Recordando lo dicho por Davis Echandía, el principio de libre valoración de la prueba por parte del juzgador comporta, respecto de la pericial, el examen del informe y la libertad de crítica por el juez.¹¹ Pero la libertad de crítica no exime al juez de realizarla con racionalidad; libre arbitrio no puede equivaler a arbitrariedad; y libre crítica exige necesariamente que la decisión sea explicada y sujeta, a su vez, a la crítica de un tribunal de orden superior.

Trataré de explicar estos conceptos.

El juez ha de valorar las pruebas practicadas en el proceso, examinando todas y cada una de las que se hayan llevado a cabo en el mismo. Una vez

que se declaró la pertinencia de una prueba, las partes tienen derecho a que no sea ignorada, sino evaluada a la hora de fijar los hechos relevantes para la decisión. Como expone Ferrer Beltrán, citando a Taruffo, el reconocimiento del derecho de las partes a que sean admitidas y practicadas las pruebas relevantes para demostrar los hechos que fundamentan su pretensión es “una garantía ilusoria y meramente ritualista si no se asegura el efecto de la actividad probatoria, es decir, la valoración de las pruebas por parte del juez de la decisión”.¹²

Es por tanto práctica improcedente la de admitir toda la prueba que se propone, para posteriormente ignorar su contenido. El juez tiene la llave de la decisión acerca de la pertinencia del material probatorio que se trata de aportar al proceso, pero una vez declarado pertinente no debe ignorar sus resultados.

La valoración de la prueba ha de hacerse conforme a las reglas de la lógica, sin que los razonamientos del tribunal sean arbitrarios, incoherentes o contradictorios, o lleven al absurdo. En este punto diversas sentencias del Tribunal Supremo han efectuado consideraciones, en la mayor parte de los casos genéricas, para sustentar el criterio de la libre valoración, de la no revisabilidad en casación, dada la naturaleza extraordinaria de este recurso, pero manteniendo la posibilidad de esta revisión en caso de arbitrariedad de la decisión: STS de 13 de julio de 1995, 13 de noviembre de 2001 y 25 de junio de 2002, entre muchas otras.

A mi juicio, la jurisprudencia ha resuelto la cuestión en la forma en que era procedente hacerlo, desde la perspectiva del *thema decidendi* procesalmente planteado: la admisibilidad de un recurso de naturaleza extraordinaria, como la casación. Dicho recurso no cabe por razón de infracción de una norma procesal que no impone una determinada forma de valoración de la pericia, de modo que no cabe fundar el recurso de casación en la infracción de dicha norma ni en el error de hecho en la apreciación de la prueba, desterrado de los motivos de casación. Sólo en casos en que se invoque razonablemente la arbitrariedad del tribunal sentenciador será posible que la Sala de casación, en su función nomofiláctica, estudie la valoración de la prueba pericial efectuada por el órgano a quo.

En este sentido, aparece como paradigmática la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 9 de octubre de 2003, en la que aborda a la vez el acceso a la casación por infracción de normas reguladoras de la prueba y la valoración de la pericia por los tribunales de instancia. Afirma: “la doctrina de esta Sala es muy reiterada sobre la valoración y apreciación de la prueba pericial, como resume la sentencia de 28 de febrero de este mismo año, en estos términos: “el art. 632 de la Ley de Enjuiciamiento civil que dispone que el Tribunal de instancia apreciará la prueba pericial según las reglas de la sana crítica y la jurisprudencia lo interpreta en el sentido de que debe respetarse la valoración pro-

¹⁰ Javier Hernández García: *Juez y ciencia*. Obra inédita. Cuya cita puedo hacer por gentileza del autor. En la obra colectiva *Science, Law and the Courts in Europe*,. Collegio Ghislieri. Pavia 2004, ha publicado nuevas reflexiones sobre el tema, bajo el título *Judges and Science. Some Thoughts on Spanish Experience*, donde indica: “Although it is risky to generalize, one can say that in Spain, in contrast to other countries, the gap between the way the judge finds the facts and the way the scientific methods generate the evidence has not been reduced. The judge, in a large number of cases where scientific evidence is offered, still assesses it according to the cultural standards of the average person”.

¹¹ Davis Echandía, obra citada, pág. 347.

¹² Jordi Ferrer Beltrán: *Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones*, en *Jueces para la Democracia, Información y Debate*, número 47, julio de 2003, págs. 28-29.

batoria a no ser que sea contraria a derecho, ilógica o absurda. Así, la sentencia de 21 de febrero de 2003: En cuanto a la crítica de la pericia y de su apreciación por el juzgador de segundo grado, hay que partir, que si bien la prueba de peritos es de apreciación libre, no tasada, valorable por el juzgador, según su prudente criterio, sin que existan reglas preestablecidas que rijan su estimación, por lo que no puede invocarse en casación la infracción de precepto alguno en tal sentido —sentencias de 1 de febrero y 19 de octubre de 1982 y 11 de octubre de 1994— no debe olvidarse que la sentencia de 13 de julio de 1999, con cita de la precedente de 28 de junio de dicho año, entre otras, han señalado que la valoración de la prueba pericial en el recurso de casación, es de libertad del juzgador a quo, por lo que se encuentra privada del acceso casacional y sólo podrá casarse tal valoración, como ha recogido la sentencia de 20 de febrero de 1992, cuando el órgano a quo tergiversa las conclusiones periciales de forma ostensible o falsee de forma arbitraria sus dictados o extraiga conclusiones absurdas o ilógicas”.

Esta doctrina, por otra parte plenamente consolidada, decide con claridad la posibilidad de acceso a un recurso de naturaleza extraordinaria. Sin embargo, no se ha realizado por el Tribunal Supremo una exégesis de la norma procesal, como hubiera sido procedente para lograr, de una vez por todas, la racionalidad de las decisiones judiciales acerca de las cuestiones de hecho, enormemente importantes para la decisión de los litigios. No debemos olvidar que el ejercicio de la jurisdicción comporta la determinación de cuál es el derecho para el caso concreto, en cuanto que los hechos que lo constituyen, en tanto que son relevantes, están en el proceso aceptados o acreditados. Por ello, la función jurisdiccional es, antes que la de llevar a cabo una exégesis de la norma jurídica, la de fijar los hechos comprobados. Y dicha fijación, en la medida en que proviene de un debate y de la resultancia de unas pruebas practicadas en el proceso, comporta la necesidad de un análisis valorativo de tales probanzas.

Si el Tribunal Supremo ha fijado las pautas enunciadas, los tribunales y audiencias de grado inferior han seguido el mismo criterio, bien valorando las pruebas conforme a su criterio, bien manteniendo que la valoración efectuada por el órgano inferior —en su caso— correspondía a las facultades del juzgador de primera instancia y no debían ser sustituidas por un tribunal que carece de la inmediación en cuanto a la prueba practicada. De forma que, o sencillamente se sustituía la valoración de la prueba efectuada por el inferior sin garantías efectivas de que la nueva apreciación fuera a ser más correcta, o se mantenía la realizada en primera instancia en aras de la inmediación.

Subsiste, por tanto, la cuestión fundamental ¿en qué consisten las reglas de la sana crítica? Porque al haberse actuado en la forma indicada no se ha delimitado el concepto y, con ello, se ha propiciado una valoración: a) no sujeta a criterios de racionalidad; b) finalmente, no sometida al control de una instancia superior. La expresión de valoración en conciencia de la prueba, valoración conjunta del

material probatorio, valoración de la prueba pericial en concordancia con la restante prueba practicada, y otras de corte similar, no dan respuesta suficiente al derecho de las partes a una decisión judicial fundada y no hacen posible la revisión de la decisión por parte del órgano superior, ya que éste puede evaluar la irracionalidad de la argumentación cuando es explícita, pero dicha evaluación resulta imposible en supuestos de empleo de términos de pura generalidad.

En este sentido resulta esclarecedora la crítica de Igartúa, cuando se refiere a “la cantidad de contrabando irracionalista introducido por teorías, muy difundidas, que cifran la valoración de la prueba en criterios como la *intuición subjetiva*, la *certeza moral* o cosas por el estilo, y que tan excelente acogida les ha dispensado hasta hace no mucho tiempo la jurisprudencia dominante en nuestro propio país”.¹³

2.2. Motivación sobre las cuestiones fácticas

Mucho se ha escrito acerca de la exigencia de motivar sobre las cuestiones fácticas objeto del proceso y, en concreto, sobre la acreditación de unos determinados extremos controvertidos. Haré gracia de los argumentos sustentados al respecto, pero recordaré simplemente los criterios hoy adoptados con práctica unanimidad. Y lo haré, no empleando palabras propias¹⁴, sino las más autorizadas del magistrado del Tribunal Supremo Perfecto Andrés:

El precepto contenido en el artículo 120,3 de la Constitución, más que cerrar, realmente abre el problema de la motivación, porque, una vez atribuido a ésta de modo inequívoco el carácter de deber —constitucional— del juez, resulta inexorable plantearse el problema de sus dimensiones, del alcance de la exigencia.

Como es bien sabido, esa norma de nuevo cuño, fue a proyectarse en un contexto caracterizado por la escasa cultura y la práctica todavía más pobre de la fundamentación de las resoluciones judiciales. En efecto, la sentencia penal estándar, el estilo de las resoluciones judiciales entre nosotros, estaba caracterizado por la declamación, por el hábito de la declaración apodíctica de ciertos hechos como “probados”, siguiendo en la forma el torturado y torturador modelo de la francesa phrase unique, redactada en jerga impenetrable, siempre bien aderezada de gerundios. Tales hechos seguidamente, se declaraban, con fórmula sacramental y sin ninguna pretensión explicativa, constitutivos de una determinada infracción penal, haciéndolo como si de una derivación puramente mecánica se tratase.

Esta tradición sigue harto viva todavía en la práctica de muchos juzgados y tribunales, aunque a

¹³ Igartúa Salaverriá, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, págs. 195-196. Valencia, 1995.

¹⁴ Ya en 1992 me pronuncié afirmativamente acerca de la necesidad de motivación sobre la prueba practicada y su valoración. *La motivación de las sentencias*, Comunicación al Curso sobre *La Sentencia penal*. Cuadernos de derecho Judicial, Madrid, 1992, págs. 275 y ss.

partir de momentos relativamente próximos, ha comenzado a experimentar cambios cuyo relieve no sería justo desconocer.

Así, puede decirse, va abriéndose camino entre nosotros una cierta nueva cultura de la motivación en la que, sin embargo, pesa más el lastre del viejo decisionismo inmotivado que el impulso emanado del imperativo del texto fundamental; sobre todo, en lo que hace referencia a la *quaestio facti*.

Es cierto que la relevancia de la motivación en la materia goza de autorizado reconocimiento jurisprudencial del más alto rango. Pero también lo es que, no obstante lo categórico de muchas de las aserciones, las propias resoluciones en las que ese criterio se expresa, fácilmente pasan luego, sin solución de continuidad, a dar por bueno lo que no son sino verdaderas ausencias de motivación.

Tal es, por ejemplo, el caso de la llamada motivación implícita, o motivación “no dicha”, que cuenta con una franca aceptación en nuestra jurisprudencia. Sobre todo tratándose de supuestos de la llamada prueba “directa”.

No resulta difícil adivinar que la renuncia —ésta quizás más que implícita— a dar realidad en la práctica a exigencias de principio como la que nos ocupa, que, por otra parte, se formulan con tanta firmeza, responde a criterios inequívocamente pragmáticos. Lo malo es que la renuncia no es, como parece querer sugerirse, (sólo) a la expresión de la motivación, sino a la motivación misma.

En efecto, aunque en una consideración superficial tal vez cupiera pensar que, en casos como los comprendidos en esa fórmula, habría todo lo más cierta tolerancia con la reserva para el propio órgano decisor de los motivos de su opción acerca de la *quaestio facti*, no es así.

La exigencia de trasladar a terceros los (verdaderos) motivos de la decisión, lejos de resolverse en una simple exteriorización formal de éstos, retroactúa sobre la propia dinámica de formación de la motivación y de la misma resolución en todos sus planos; obligando a quien la adopta a operar, ya desde el principio, con unos parámetros de racionalidad expresa y de conciencia autocrítica mucho más exigentes. Y es que, efectivamente, no es lo mismo resolver conforme a una corazonada, que hacerlo con criterios idóneos para ser comunicados. Sobre todo en un sistema procesal que tiene al principio de presunción de inocencia como regla de juicio. Regla que tantas veces obliga a resolver contra la propia convicción moral, cuando, después de un cuidadoso análisis de la prueba, aquélla no encuentra confirmación plausible en ésta.

Por eso, aunque en los casos de esa falta de motivación que se designa como motivación implícita, la que más padece es en apariencia la dimensión extraprocesal del precepto del artículo 120,3 de la Constitución, la verdad es que el alcance de la claudicación es bastante mayor.

Motivar, escribe Gianformaggio, “significa justificar, y justificar significa justificarse, dar razón del propio trabajo admitiendo en línea de principio la legitimidad de las críticas potenciales, la legitimidad de un control”.

Efectivamente, la exigencia de motivación res-

ponde a una finalidad de control del discurso, en este caso probatorio, del juez, con objeto de garantizar hasta el límite de lo posible la racionalidad de su decisión, en el marco de la racionalidad legal. Un control, por cierto —conviene insistir— no sólo de procedencia externa, sino que no puede carecer de esa proyección interna sobre el propio operador a la que nos hemos referido; y cuyo fin es, como se ha visto, implicarle (complicarle, diría) o comprometerle, para evitar la aceptación acrítica, como convicción, de alguna de las “peligrosas sugerencias de la ‘certeza subjetiva’”. Esto, incluso en el caso hipotético de que toda la actividad probatoria fuera de la llamada directa. Porque esa difícil eventualidad (donde además directa no significa necesariamente simple) nunca excluiría aquel peligro y por ende no podría autorizar al juez a rebajar el nivel de la racionalidad exigible en su trabajo; y porque, en cualquier caso, la sentencia no dejaría de estar dirigida a terceros, a toda la sociedad, que es lo que impone que se le dote de la información necesaria para que resulte un texto autosuficiente, que “se baste a sí misma”, sin necesidad de remisiones a las actas del proceso”¹⁵

Entiendo incontestable la necesidad de motivación de la sentencia en relación con la valoración de la prueba: la sentencia debe fijar, en algún punto de ella, los hechos que el juez o tribunal entiende comprobados, y explicar el porqué. Las sentencias penales tienen un apartado expresamente dedicado a la declaración de los hechos probados —art. 142 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal—; aunque la jurisdicción civil y la contencioso-administrativa no contengan esta previsión, resulta obligado fijar los hechos para, desde ellos, aplicar el derecho.

La motivación acerca de la prueba practicada y los resultados que de ella se desprenden comporta una exigencia de autocontrol del juez, que no puede escudarse en razones íntimas de conciencia, sino que ha de expresar la racionalidad de sus inferencias¹⁶. A la vez, es garantía para las partes, quienes tienen derecho a conocer las razones por las que se ha adoptado una decisión, lo que, a su vez, permite ejercer el derecho a los recursos mediante la motivación de la discrepancia. Por último, esa expresión de las razones que justifican la decisión permitirá al tribunal de orden superior, caso de recurso, descubrir si la sentencia recurrida responde a cánones de racionalidad en la decisión sobre los hechos para, acto seguido, entrar en la corrección de la aplicación del derecho. Cito, por todas, la STS, Sala Segunda, de 11 de noviembre de 2002, nº 1841: La valoración de la prueba corresponde al

¹⁵ Perfecto Andrés Ibáñez: *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*. En Cuadernos de derecho Judicial, La sentencia penal, 13-1992, págs. 115 y ss.

¹⁶ Véase en el artículo de González Lagier, *Hechos y argumentos*, cuanto expresa sobre “la falacia de la íntima convicción”: este sistema permite entender la expresión “el juez es libre” de una manera más o menos amplia: desde la libertad absoluta, que incluye la arbitrariedad o la irracionalidad, hasta la libertad limitada a la razón, al buen juicio o a un procedimiento racional de investigación sobre los hechos. Y, citando a Ferrajoli, añade que la primera de estas interpretaciones “ha dado lugar a una de las páginas políticamente más amargas e intelectualmente más deprimentes de la historia de las instituciones penales”. En Jueces para la Democracia, Información y Debate, nº 47, julio de 2003, págs. 39 y 49.

Tribunal sentenciador (art. 117.3 CE y art. 741 LE-Crim.), el cual está obligado a motivar suficientemente sus resoluciones (art. 120.3 CE), con el doble objetivo de que puedan conocerse públicamente las razones que las sustenten y de que sea posible su control por los órganos judiciales superiores competentes, para evitar toda posible arbitrariedad en el ejercicio de la función jurisdiccional (art. 9.3 CE) y, al propio tiempo, para dar satisfacción al derecho del justiciable a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Como acertadamente pone de relieve Hernández García, el juez debe abandonar concepciones iluministas de la valoración probatoria y debe admitir, con humildad intelectual, que la motivación de sus resoluciones exige la justificación interna y externa de sus conclusiones. En ese espacio de justificación interna ha de dar cuenta de los presupuestos cognitivos de que parte.

2.3 Valoración comparativa en supuestos de discrepancia

En los casos en que existe un solo informe técnico, el juez puede seguir los criterios adoptados por el experto, y hacer suyas en los hechos probados las conclusiones a las que ha llegado el perito. No obstante, y según hemos visto, no está obligado a seguir el dictamen, sino que puede apartarse de él, motivando en todo caso la decisión.

Pero es especialmente en supuestos de discrepancia entre los peritos actuantes cuando el juez ha de realizar un especial esfuerzo de valoración, pues concurriendo varios dictámenes de expertos emitidos sobre unos mismos hechos, que llegan a conclusiones valorativas distintas, resulta necesario que el juez, en su irrenunciable función valorativa de la prueba, exigida por las normas procesales —artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 741 de la Criminal— determine cuál de ellos resulta convincente, total o parcialmente.

Una hipótesis puede estimarse verdadera cuando se muestra compatible con los datos probatorios, porque los integra y explica en su totalidad, armónicamente; y no resulta desmentida por ninguno de ellos.

Según Copi, al que cita Andrés Ibáñez, las exigencias que debe satisfacer una hipótesis para que pueda ser tomada en consideración son las siguientes: relevancia (el hecho que se trata de explicar debe ser deducible de ella); susceptibilidad de control (ha de resultar posible formular observaciones que permitan confirmarla o invalidarla); compatibilidad con las hipótesis previamente establecidas (una hipótesis compleja no admite contradicción entre sus distintos segmentos, debe ser autoconsistente); aptitud para explicar (debe optarse por la que más y mejor explica); y simplicidad (tanto en la experiencia ordinaria como en la científica, es preferible la teoría más simple que se adapta a todos los hechos disponibles)¹⁷.

En este punto creo que nos puede ayudar el precepto contenido en el artículo 478 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, adaptándolo a la realidad actual y generalizándolo a las restantes jurisdicciones. El indicado precepto se sitúa en sede de la actividad investigadora del juez instructor, y establece que:

“El informe pericial comprenderá, si fuere posible:

1º) Descripción de la persona o cosa que sea objeto del mismo, en el estado o del modo en que se halle.

El Secretario extenderá esta descripción, dictándola los peritos y suscribiéndola todos los concurrentes.

2º) Relación detallada de todas las operaciones practicadas por los peritos y de su resultado, extendida y autorizada en la misma forma que la anterior.

3º) Las conclusiones que en vista de tales datos formulen los peritos, conforme a los principios y reglas de su ciencia o arte”.

Esta estructura lógica del informe resulta aplicable a todos ellos, adaptando la norma a las peculiaridades del caso; y su seguimiento puede servir al juez para realizar una *sana crítica* del informe, valorando —en su caso— las discrepancias que puedan hallarse entre los varios dictámenes periciales. En el proceso civil, el artículo 347.1, apartado 3º permite a las partes interrogar a los peritos sobre método, premisas, conclusiones y otros aspectos del dictamen.

1. El perito ha de hacer constar los elementos fácticos de que parte, para realizar su valoración. Fijará los hechos y describirá la fuente de su conocimiento, para que puedan ser contrastados. Así, en caso de discrepancia, el juez puede determinar si ésta proviene del método de valoración empleado por el perito, de su apreciación como experto, o de que los hechos de los que parte uno y otro son diferentes. En todo caso, los elementos fácticos a valorar por el experto son susceptibles de comprobación por otros medios probatorios, y el juez puede y debe acudir a éstos —singularmente, en la materia que nos ocupa, a fuentes documentales— para asegurar que los datos de hecho que ha tenido en cuenta el perito son correctos: si no lo fueran, las conclusiones a que llega no podrían tenerse por correctas.

2. El juez puede comprobar que el perito haya actuado conforme al método científico. Para ello es necesario que exprese en el informe las operaciones llevadas a cabo, es decir, que indique las reglas de la ciencia que ha seguido para elaborar el informe. Como presupuesto básico de fiabilidad, una conclusión científica ha de poder ser sometida a un test. Popper ha puesto de relieve que el status científico de una teoría viene determinado por su sometimiento a procesos de refutabilidad y control; y Hempel muestra cómo las afirmaciones que constituyen una explicación científica deben ser susceptibles de una verificación empírica. Por ello, aunque el juez carece de los conocimientos técnicos nece-

¹⁷ Perfecto Andrés Ibáñez: *La argumentación probatoria y su expresión en la sentencia*. En *Estudios de Derecho judicial*, Len-

guaje forense, 32-2000, págs. 9 y ss.

sarios para actuar como perito, sí puede tener la capacidad necesaria para evaluar la fiabilidad del perito.¹⁸ Como nos recuerda Hernández García, en referencia a doctrina consolidada en el proceso anglosajón, “the judge must distinguish between *good science* and the so-called *junk science*”: el juez debe distinguir entre la buena ciencia y la llamada ciencia basura¹⁹.

3. Así, una vez fijados los hechos de partida y determinada la fiabilidad del método científico utilizado por el perito, el juez puede valorar las conclusiones a que llega. Normalmente, si los distintos peritos intervinientes parten de los mismos elementos fácticos y utilizan los mismos parámetros de valoración, las conclusiones a que llegan no deberán ser sensiblemente discrepantes. En todo caso, puede existir aquí una variable de valoración que tenga en cuenta pronósticos de comportamiento futuro, no sometidos al rigor del método científico, donde la experiencia del experto pueda ser apreciable.

En estos supuestos el juez valorará los diferentes dictámenes, y optará por uno u otro. Pero para ello no puede utilizar razones intimistas, de conocimiento personal de uno u otro de los peritos, o de que el informe haya sido aportado por una de las partes o adoptado a instancia del propio órgano judicial, en la medida que esto siga siendo posible conforme a las leyes procesales. Las razones que justifican una opción tienen que estar ausentes de prejuicios, derivar del propio contenido de la prueba practicada, y ser explicitadas en la fundamentación de la sentencia.

A tal efecto, Hernández García recoge algunos criterios establecidos por la “doctrina Daubert”, como criterios de valoración de los dictámenes científicos:

- para que una aserción o inferencia sea considerada como conocimiento científico, es necesario que haya sido producida conforme al método científico;

- una conclusión científica debe ser verificable empíricamente;

- la general aceptación de un particular procedimiento puede ser un importante factor para considerarlo admisible ante un tribunal, mientras que una técnica que es muy conocida pero tiene un débil soporte en la comunidad científica puede ser vista con escepticismo;

¹⁸ En este punto conviene recordar el criterio sustentado por la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1992, en el caso conocido como de la colza. En su fundamento de derecho segundo, y en relación con la relación de causalidad entre la distribución de aceite de colza con anilina y el síndrome tóxico, hacía referencia a la existencia de “cursos causales no verificables”, con cita de la Sentencia de la propia Sala de 12 de mayo de 1986 y la del Tribunal Supremo alemán de 6 de julio de 1990. Tras una larga consideración, el TS concluía afirmando que “se debe considerar que existe una ley causal natural cuando, comprobado un hecho en un número muy considerable de casos similares, sea posible descartar que el suceso haya sido producido por otras causas. tales condiciones son suficientes para garantizar una decisión racional del caso desde el punto de vista del Derecho Penal”. Lo que, a mi juicio, corresponde a la propia praxis de la investigación científica, que utiliza la inducción como criterio lógico para la validez científica de una proposición, siempre que ésta haya sido comprobada en un número relevante de casos iguales, y se haya descartado como fiable cualquier otra hipótesis, sin necesidad de comprobar la verificación de la tesis en todos los casos imaginables.

¹⁹ Javier Hernández García, obra citada, pág. 60.

- en caso de una particular técnica científica, los tribunales han de considerar la proporción de error, y deben medir el grado en que es fiable.²⁰

3. EL CONOCIMIENTO PERSONAL DEL JUEZ

El magistrado Murillo García-Atance pone de relieve como parece haber en la libre valoración de esa prueba contradicción con lo que constituye su naturaleza, pues si se parte de que el juez no sabe o no lo bastante de aquello de lo que es objeto del dictamen pericial ¿por qué no ha de vincularle una apreciación científica, artística o técnica? Sin embargo, no es lo mismo saber ver, hacer o razonar como el perito, que valorar luego sus argumentos. Se puede no saber hacer una cosa y, sin embargo, poder criticarla y ello es la razón de la libre valoración de la prueba pericial²¹.

Esto nos acerca a la cuestión de la relevancia probatoria del conocimiento personal que el juez pueda tener de una determinada materia científica o técnica. Pues si estamos avanzando en la conveniencia de ampliar los conocimientos de los jueces en materias relacionadas con nuestra función jurisdiccional, surge enseguida la pregunta: ¿qué hacer con estos conocimientos, ya adquiridos o que puedan adquirirse en el futuro?

La doctrina se ha planteado la cuestión de la relevancia del conocimiento personal del juez respecto de los hechos relevantes, más que en orden a los conocimientos científicos que el juez pudiera tener de una determinada materia. Es decir, acerca de la innecesariedad de prueba de declaración o interrogatorio de parte, testifical o documental, en cuanto que los hechos que se pretende acreditar son ya conocidos por el juez como fuente directa, más que como innecesariedad de la pericial, en cuanto el juez puede tener conocimientos suficientes de materias técnicas o científicas que le permiten prescindir de la pericia, como medio de valoración por un experto de otros hechos, para lo que resulta necesario contra con esos conocimientos técnicos. Stein, en un tratado clásico en la materia²², se ha planteado la cuestión desde la perspectiva del derecho procesal alemán, entendiendo la conveniencia de introducir en el proceso los hechos de los que el propio juzgador tiene conocimiento personal, adquirido fuera del proceso.

No es este el momento de pronunciarse acerca de esa cuestión; pero quiero dejar constancia de mi opinión discrepante. El juez, en cuanto ciudadano, conoce un determinado hecho a través de los sentidos, y su comprensión está —como la de cualquier otro— sujeta a posibilidades de error. Pero si las partes pueden poner en duda en el proceso la credibilidad de un testigo, en función de su capaci-

²⁰ Javier Hernández García. Obra citada, pág. 61, en la que expresa una amplia exposición sobre la fiabilidad del método científico.

²¹ Mauricio Murillo García-Atance y otros: *la función pericial de los arquitectos al servicio de la Administración de Justicia*. Cuadernos de Derecho Judicial, 3-1994, págs. 95 y ss.

²² Friedrich Stein *El conocimiento personal del juez*. Versión española de Andrés de la Oliva Santos. Ediciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1973.

dad o incapacidad para comprender unos hechos que afirman conocer, ¿cómo puede hacerse esa misma crítica respecto al conocimiento del propio juez, que aparece en el proceso *ex novo* en la sentencia, y no puede ser sometido a la *cross examination*, ni a una prueba sobre la credibilidad de la prueba anterior?²³

Entiendo que el juez que tenga conocimiento personal de los hechos relevantes para la decisión del proceso debería excluir ese conocimiento al momento de dictar sentencia, que ha de fundarse en los hechos admitidos, los protegidos por presunciones legales, los acreditados en el propio proceso y los de conocimiento general (hechos notorios). Incluso se ha planteado la posibilidad de que este conocimiento personal del juez sobre los hechos constituyese causa de abstención que, aun no reconocida entre las establecidas en el artículo 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pudiera asimilarse por analogía a las reconocidas en el número 12 del precepto, a fin de preservar a la decisión de la necesaria imparcialidad objetiva del juzgador.

En cuanto a los conocimientos técnicos que el juez pueda tener, y que sirven para valorar otros hechos desde una perspectiva técnica o científica, creo que ha de llegarse a una solución similar. En esta materia se enfrentan, ciertamente, conceptualizaciones que dan especial relevancia a las exigencias de la llamada justicia material, a otras que resaltan la función formal del proceso y la necesidad de hallar, por esa vía y sólo por esa, la verdad formalizada. Para los primeros, esta exclusión del conocimiento es contraria a la búsqueda de la verdad y, en definitiva, de la justicia, y constituye un despilfarro de conocimiento. Para los últimos, la búsqueda de la verdad necesita de unas garantías que sólo se aseguran a través del proceso y sus principios configuradores —contradicción y aportación de parte, principalmente— y el interés de la sociedad sólo se colma si esa verdad formalizada se ha logrado, en la medida de lo posible, a través del cauce adecuado.

Desde mi punto de vista, la opinión más acertada es aquella que impide que el conocimiento personal del juez pueda constituir fuente probatoria de los hechos que, en un determinado proceso, han de servir para la aplicación de la norma jurídica y, con ello, de la estimación o desestimación de una pretensión procesal. Y no puede serlo porque: a) ese conocimiento personal del juez no es, de entrada, científicamente contrastable, ya que el ejercicio de la jurisdicción sólo avala los conocimientos jurídicos del titular de ella, pero en modo alguno los posibles conocimientos que pueda tener de otras disciplinas; b) aunque pudiera ser objetivamente evaluable ese conocimiento, mediante la constancia en el proceso de la titulación habilitante que un determinado juez tuviera en su poder, el conocimiento personal del juez no habría venido al proceso aportado como

prueba y no habría sido sometido a la necesaria contradicción procesal; c) caso de recurso, la Sala en su función revisora no tendría elementos de juicio para poder valorar ese conocimiento personal, aun en el caso de que el juez hubiese razonado ampliamente sobre el por qué de la decisión adoptada, justificándola, pues los componentes del tribunal de alzada no habrían de tener, necesariamente, los mismos conocimientos expertos que el juez que ha resuelto en primera instancia.

No obstante, el conocimiento personal del juez sobre una determinada materia científica o técnica puede servir a la hora de realizar la función valorativa de la prueba aportada como pericia. Si ésta ha de valorarse según criterios de sana crítica, ciertamente podrá realizarse una más sana crítica desde el conocimiento de la materia, aprehendido a través del estudio y la cualificación, que desde la absoluta ignorancia. Por ello, expresiones al uso como “los jueces somos de letras”, o “los jueces no entendemos de números o de cuentas”, son imágenes negativas que hemos de ir desterrando de nuestro lenguaje cotidiano. Y por eso, la formación en cuestiones económicas ha de servir, no para convertirnos en auténticos expertos en la materia, ni para sustituir a los peritos en los procesos judiciales, sino para poder valorar críticamente las opiniones expertas de los técnicos.

En definitiva, la relevancia del conocimiento técnico del juez aparece en dos momentos procesales: 1) la emisión del dictamen del perito; 2) la valoración de la prueba practicada.

El momento en que el perito emite su dictamen ante el juez o tribunal constituye un punto culminante en el proceso. El informe emitido por el experto es sometido a las preguntas de las partes, que pueden solicitar de aquél las aclaraciones necesarias para fijar la exactitud de las conclusiones a que ha llegado y su relevancia para la decisión que demandan del juzgador. Y éste es un momento en el que el juez suele permanecer mudo, más como estatua ajena a las cuestiones que se debaten que como árbitro no contendiente, pero buen conocedor de las cuestiones debatidas.

Pues bien, el mayor grado de conocimiento de los jueces sobre las cuestiones a que se refiere el dictamen ha de servir para que entable un diálogo fecundo con el perito, tanto en lo que respecta a los puntos de partida fácticos que ha tenido en cuenta al emitir su dictamen, como en lo referente al informe mismo: método científico aplicado, sometimiento a comprobación de los resultados habidos, conclusiones a las que ha llegado y posibles alternativas. De este modo, la prueba cobrará toda su importancia, y el juez estará en condiciones reales de efectuar su valoración conforme a una capacidad crítica²⁴.

La valoración de la prueba se expresará así en la fundamentación jurídica como un juicio sobre el juicio del experto, en la medida en que sea necesario justificar la decisión —especialmente, según hemos

²³ La prueba sobre la prueba, o valoración de la prueba pericial por otro perito, era práctica admitida en el proceso penal. En el civil el artículo 347.1, apartado 5º, permite a las partes pedir la crítica del dictamen de que se trate por el perito de la parte contraria. Lo que evidentemente no podría realizarse respecto de los conocimientos técnicos o científicos que un determinado juez pudiera tener, ajenos a su conocimiento jurídico.

²⁴ El artículo 347.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil permite al tribunal formular preguntas a los peritos y requerir de ellos explicaciones sobre lo que sea objeto del dictamen aportado, lo que se producirá a los efectos contenidos en el artículo siguiente, regulador de la valoración de la prueba.

visto, en supuestos en que el juez se aparte de las conclusiones del perito o existan informes contradictorios—. Así se logrará realmente la motivación de la sentencia sobre las cuestiones de hecho y sobre las valoraciones técnicas, dejando definitivamente de lado las generalidades al uso, que sólo banalizan la exigencia de fundamentar las decisiones judiciales.

4. REVISIÓN DE LA VALORACIÓN POR UN TRIBUNAL SUPERIOR

Siempre he sido partidario de la generalización de la segunda instancia. Entiendo que es la fórmula más adecuada para satisfacer el derecho a un juicio justo, el derecho a la defensa y, en definitiva, a la realización de la idea de justicia en el caso concreto.

Sin embargo, he de confesar que la proximidad de la instauración de la segunda instancia en el proceso penal, y la realización práctica en muchos casos de la apelación civil, me sume en la preocupación. Cuál sea, en definitiva, el alcance del juicio revisorio ante el tribunal de apelación, cuál el alcance de la revisión de la cuestión fáctica y, especialmente, la posibilidad de una nueva valoración de la prueba en la segunda instancia, son cuestiones que, a mi juicio, no están todavía suficientemente resueltas, pese a meritorios esfuerzos realizados por la doctrina y a recientes sentencias del Tribunal Constitucional que han abordado el tema.

Entre la consideración de la apelación como un *novum iudicium*, o como la *revisio prioris instantiae*, me inclino decididamente por la segunda opción. Las partes tienen derecho a que su pretensión sea examinada por un juez imparcial predeterminado por la ley, y a que la decisión de éste sea revisada por un tribunal superior, pero no a una segunda oportunidad procesal, en caso de que la primera haya fallado. Ciertamente que nuestra apelación, tanto en el orden civil, en el penal y en el contencioso administrativo, tienen una naturaleza mixta, por cuanto se permite en determinados supuestos el recibimiento a prueba en segunda instancia, practicando allí nuevas pruebas que habrán de ser valoradas por el tribunal juntamente con la valoración de la practicada en la primera instancia, para fijar definitivamente la cuestión fáctica. Pero, de modo general, la función del tribunal de apelación es la de revisar la corrección de la valoración de la prueba efectuada por el juez de primera instancia, la fijación de los hechos acreditados y, tras ello, la subsunción de éstos en el supuesto de hecho de la norma jurídica para, en definitiva, determinar la consecuencia jurídica adecuada.

Conde-Pumpido Tourón, al analizar la posibilidad de revisión de la prueba por parte del tribunal de apelación, y refiriéndose al proceso penal, expresa que existen "...determinadas limitaciones en cuanto a la revisión de la valoración probatoria, que se concretan en el respeto al principio de inmediación y a las impresiones directas que ésta lleva consigo. Pero no impide una revisión fáctica de todo aquello en que el Tribunal revisor pueda situarse en cuanto al medio de

prueba en la misma o en similar posición a la que se encontraba el órgano de instancia"²⁵.

Lo que respecto a la prueba pericial, que se documenta por escrito y en la que lo relevante no es el gesto, la duda o la expresión del perito, sino la fiabilidad de sus conclusiones y lo acertado de la valoración por el tribunal a quo, lleva a la conclusión de que el resultado de la prueba de peritos y su valoración puede ser revisado por el tribunal de segunda instancia que, caso de entender no ajustada a derecho la decisión apelada, podrá redefinir los hechos y, en consecuencia, aplicar el derecho a los hechos que entienda acreditados.

En este punto han incidido diversas Sentencias recientes del Tribunal Constitucional, que han estimado recursos de amparo por vulneración del derecho a un proceso con garantías, al haberse pronunciado la condena en apelación sin haberse celebrado vista pública. La STC 230/2002, Sala Segunda, de 9 de diciembre de 2002, haciendo cita de doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, analiza el papel que ha de desempeñar la jurisdicción de apelación, afirmando que "la apelación no se puede resolver en un proceso justo sin un examen directo y personal del acusado que niegue haber cometido la infracción considerada punible, de modo que en tales casos el nuevo examen por el Tribunal de apelación de la declaración de culpabilidad del acusado exige una nueva y total audiencia en presencia del acusado y los demás interesados o partes adversas".

La Sentencia de la misma Sala 118/2003, de 16 de junio de 2003, estima también el recurso deducido porque el Tribunal desconoció el derecho del demandante a un proceso con todas las garantías, pues en apelación la Audiencia Provincial no observó los principios de inmediación y contradicción que presiden el proceso penal, y que "el derecho a un proceso con todas las garantías impone para la ponderación de la prueba personal".

Lo que ha de implicar en el futuro que la parte que inste un recurso de apelación fundado en error de hecho en la valoración de la prueba habrá de solicitar, y el tribunal acceder a ello, la práctica de la prueba cuya valoración se ponga en duda en la vista pública de la apelación, y ello aunque no se den los requisitos comprendidos en las normas procesales para el recibimiento a prueba en segunda instancia.

5. CONCLUSIÓN

La prueba pericial es cada día más relevante para la decisión de los litigios, ante cualquiera de las jurisdicciones, pues las cuestiones técnicas y científicas inciden con mayor frecuencia en las relaciones jurídicas. Esto implica la necesidad de práctica de dictámenes expertos en el proceso, bien aportados junto a la pretensión inicial, o en la fase probatoria como se permite en la Ley de Enjuiciamiento

²⁵ Cándido Conde-Pumpido Tourón: Ponencia sobre *El recurso de casación penal*, en Jornadas sobre la casación. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, octubre, 2002.

Civil, bien mediante la práctica en el juicio oral, como es común en el proceso penal.

En todo caso, los tribunales debemos valorar —es decir, no ignorar— la prueba practicada, y fijar su relevancia en el proceso conforme a un criterio lógico y explicitado, que sirva para disipar cualquier sombra de arbitrariedad y permita a la parte a la que no favorezca la apreciación instar la revisión de esa valoración probatoria ante un tribunal superior, de segunda instancia.

De este modo, la función casacional quedará adecuadamente dimensionada en sus justos términos, de velar por la correcta interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico y de asegurar que los tribunales no actúan con arbitrariedad.

Queda por fijar los criterios de lógica en la valoración de la prueba y, especialmente, de otros conocimientos científicos y técnicos no jurídicos, terreno en el que los jueces estamos todavía en mantillas. Descubrir estas carencias puede ser el comienzo del camino para subsanarlas.

BIBLIOGRAFIA

- Andrés Ibáñez, Perfecto: *Sobre el valor de la intermediación*, en Jueces para la Democracia, Información y Debate, número 46, marzo de 2003.
- Andrés Ibáñez, Perfecto: *Ética de la función de juzgar*, en Jueces para la Democracia, Información y Debate, número 40, marzo de 2001.
- Balagué Doménech, José C.: *La prueba pericial contable en las jurisdicciones civil y penal. Auditorías y revisiones de cuentas en la prueba pericial contable en ambas jurisdicciones*. Bosch, casa editorial. Barcelona, 1989.
- Conde Pumpido Tourón, Cándido: *El recurso de casación penal*. Ponencia presentada en las Jornadas sobre "La casación: Unificación de doctrina y casación autonómica". Consejo General del Poder Judicial, Madrid, octubre de 2002.
- Devis Echandía, Hernando: *Teoría general de la prueba judicial*. Tomo II. Zavalia editor. Buenos Aires, 1988.
- España Leibar, Iñaki: *El dictamen de peritos en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*. Editorial Tirant lo blanch. Valencia, 2000.
- Ferrajoli, Luigi: *Garantías*, trad. de A. de Cabo y G. Pisarello, en Jueces para la Democracia, Información y Debate, número 38, julio de 2000.
- Ferrajoli, Luigi: *Derechos y Garantías: la ley del más débil*, trad. de P. Andrés Ibáñez y A. Greppi, Editorial Trotta. Madrid, 1999.
- Ferrer Beltrán, Jordi: *Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones*, en Jueces para la Democracia, Información y Debate, número 47, julio de 2003.
- Font Serra, Eduardo: *El dictamen de peritos en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, en La prueba, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.
- Font Serra, Eduardo: *El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial en el proceso civil*. La Ley-Actualidad. 2000.
- Gallizo Larraz, José Luis: *Plan General de Contabilidad y resoluciones del I.C.A.C.* Editorial Librería General, Zaragoza, 2001.
- Gallizo Larraz, José Luis (coordinador). *Planificación contable española*. Ediciones Pirámide. Madrid, 2001.
- Gimeno Sendra, Vicente: *La casación y el derecho a los recursos*, en Justicia 88, número III, 1988.
- González Lagier, Daniel: *Hechos y argumentos (racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal)*. En Jueces para la Democracia, Información y Debate. Número 47, julio de 2003.
- Hernández García, Javier: *Judges and Science. Some Thoughts on Spanish Experience*. En la obra colectiva Science, Law and the Courts in Europe. Collegio Ghislieri. Pavia, 2004.
- Igartúa Salaverría, Juan: *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*. Editorial Tirant lo blanch. Valencia, 1995.
- Illescas Rus, Ángel Vicente: *La prueba pericial en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*. Editorial Aranzadi. 2002.
- Jiménez Villarejo, Carlos: *La prueba pericial en los delitos económicos*, en Jueces para la Democracia, Información y Debate, número 31, marzo de 1998.
- Martín Sánchez, Tomás: *La prueba pericial judicial y extrajudicial*. Editorial Dykinson, S. L. 2ª edición. Madrid, 2001.
- Montero Aroca, Juan: *La prueba en el proceso civil*. Segunda edición. Editorial Civitas. 2002.
- Muñoz Sabaté, Lluís: *Fundamentos de la prueba judicial civil. Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*. J. M. Bosch, editor. Barcelona, 2001.
- Murillo García-Atance, Mauricio, y otros: *la función pericial de los arquitectos al servicio de la Administración de Justicia*. Cuadernos de Derecho Judicial, 3. Madrid, 1994.
- Pacheco Guevara, Andrés: *Efectos de la disposición adicional cuarta de la Ley de auditoría de cuentas*. Derecho concursal II. Cuadernos de Derecho Judicial, 5, Madrid, 1996.
- Picó i Junoy, Joan: *La prueba pericial en el proceso civil español. Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*. J. M. Bosch, editor. Barcelona, 2001.
- Rives Seva, Antonio Pablo: *La prueba en el proceso penal. Apuntes jurisprudenciales*. Actualidad Penal, nº 32/1995.
- Serra Salvador, Vicente, y otros: *Sistemas de información contable*. Tirant lo blanch. Valencia, 1996.
- Stein, Friedrich: *El conocimiento privado del juez*. Traducción de Andrés de la Oliva Santos. Ediciones Universidad de Navarra, S. A. Pamplona, 1973.
- Taruffo, Michele: *La prueba de los hechos*, trad. de Jordi Ferrer Beltrán, Editorial Trotta. Madrid, 2002.