# II. LOS HECHOS EN EL PROCESO

**1. El hecho en cuanto acontecimiento y en cuanto enunciado**

Las normas jurídicas deben ser “aplicadas” a sucesos fácticos, a un hecho acaecido. Como ya hemos visto, esto sólo es posible en cuanto el hecho acaecido es enunciado. Lo que en el supuesto de hecho de un juicio aparece como “hecho” es el hecho en cuanto enunciado- Lo acaecido tiene que ser mencionado con este fin, y lo mencionado tiene que ser puesto en un cierto orden. El hecho en cuanto enunciado efectúa siempre una selección de la inabarcable profusión, del constante fluir del acontecer fáctico; el que enjuicia encuentra ya esta selección en punto a la posible relevancia jurídica de los hechos particulares. El hecho en cuanto al enunciado no está, por tanto, “dado” de antemano al que enjuicia, sino que tiene que ser primero formado ¡por él, por un lado, atendiendo a los hechos que ha llegado a conocer, por otro lado, atendiendo a su posible significación jurídica. La actividad de los juristas no empieza, de ordinario, en el enjuiciamiento jurídico del hecho que se le presenta terminado, sino ya en la formación del hecho accesible a su enjuiciamiento jurídico.

En la formación de la premisa menor del silogismo de determinación de la consecuencia jurídica, Engisch 1 distingue tres elementos, a saber:

1. La representación del concreto caso de vida, del hecho;

2. La constatación de que este hecho ha sucedido efectivamente asi.

3.- La-apreciación del hecho como un hecho que presenta las notas distintivas de la ley, es decir, más precisamente? del antecedente de la premisa mayor (del supuesto de hecho legal)".

La “representación” que el que enjuicia se hace del hecho acaecido, tiene que ser articulada por él para poderla comparar con las notas distintivas del supuesto de hecho legal; y el hecho acaecido tiene que ser por el enunciado en un lenguaje que sea conforme al de la ley. La apreciación del hecho como un hecho tal que responde (o no responde) a las notas distintivas del supuesto de hecho legal no sigue sólo temporalmente a la formación del hecho (como enunciado), sino que la acompaña; puesto que la formación del hecho, como queda dicho, resulta ya atendiendo a la posible significación de los hechos particulares. Queda la constatación, que ha de separarse de esto, de que “este hecho ha sucedido así efectivamente”, de qué el hecho en cuanto enunciado reproduce acertadamente el hecho acaecido, los sucesos fácticos. Sobre esto hemos de volver al final del capítulo.

El jurista, que debe enjuiciar un caso jurídico, parte, las más de las veces, de un “hecho-bruto”, que le es presentado en forma de relato. En este relato se encuentran muchos acontecimientos particulares y circunstancias que carecen de importancia para el enjuiciamiento jurídico y, por ello, serán de nuevo separados del hecho definitivo (en cuanto enunciado) por el que enjuicia en el curso de sus reflexiones. La mujer, que fue mordida en la mano por el perro del vecino al ofrecerle un hueso, contará, tal vez, qué el perro le dio lástima, porque estaba flaco; que día no se había apercibido de la reacción del perro, porque el perro la conocía; que, con frecuencia, le había ya dado algo; y cosas semejantes. Pero no contará que el vecino le había advertido que no debía darle nada al perro, porque éste era todavía pequeño y un poco rebelde. Esta circunstancia puede ser jurídicamente importante, porque de ella puede resultar una parte de culpa dé la mujer, en el sentido del 254 del BGB. Otra circunstancia, cuya posible importancia jurídica resulta del I 833 del BGB, es si el vecino tenía el perro por afición o por motivos profesionales o de lucró. El jurista, que debe enjuiciar el caso jurídicamente, preguntará, por tanto, si es que no le son participadas dé inmediato, sobre estas circunstancias, a las que puede llegar para el enjuiciamiento según las normas que entran en consideración. De este modo, el relato originario, el “hecho-bruto”, será en parte abreviado y en parte completado hasta que el hecho definitivo contenga, no sólo aquéllos, sino todos los elementos del suceso real que son importantes en relación con las normas jurídicas posiblemente aplicables. El hecho (definitivo) es así el resultado de una elaboración mental, en la que el enjuiciamiento jurídico ya ha sido anticipado. En él serán caracterizados hechos o sucesos particulares mediante términos —como perro, mordisco, herida en la mano—, que pueden fácilmente subsumirse bajo los conceptos de la ley —animal, lesión corporal—; las palabras del vecino, dichas como advertencia, serán referidas con éste su significado. Finalmente, el hecho contiene incluso ya una, aunque también sólo vagamente indicada, relación jurídica, en ¡as palabras: “emperró del vecino”. Pues, con estas palabras, se dice que el perro pertenece a la economía doméstica, a la esfera de dominio del vecino; con esto se insinúa ya, aun cuando esto haya de ser examinado aún más concretamente, que el vecino ha de considerarse “poseedor del animal” en el sentido del 8 833 del BGB. Todos los hechos que han de ser enjuiciados jurídicamente son de estructura similar; no representan una pura enumeración de hechos, sino que son el resultado de una cierta selección, aclaración y enlace de hechos, atendiendo a lo que es relevante jurídicamente.

El ejemplo aducido puede enseñarnos aún algo más respecto a bajo qué puntos de vista se realiza la selección de los hechos que van a ser recogidos en el hecho en cuanto enunciado. El hecho acaecido tiene, en cierto modo, un “núcleo”, que da motivo a plantear en torno a él una cuestión jurídica.

El núcleo lo forman aquí el mordisco del perro y los dolores ocasionados a la mujer debido a ello y otros perjuicios, como, por ejemplo, gastos médicos, pérdida de ganancias. La cuestión jurídica, que el caso da motivo a plantear, es la de si la mujer puede exigir indemnización por daños, del poseedor del perro o de otro, por estos perjuicios. El jurista planteará esta cuestión, porque conoce el g 833 del BGB. La mujer lesionada, que pide; consejo al jurista, no necesita, sin embargo, tener tales conocimientos especiales. 3 Ella tiene interés, por un lado, en una indemnización de daños; por otro lado, quizá sepa de otros casos en los que el lesionado por un perro obtuvo del poseedor del perro una indemnización de daños. Finalmente, el “sentimiento jurídico” le dice que aquí tiene que darse una compensación. Si con esto se ha planteado, en primer lugar, la cuestión jurídica, para su contestación se precisa sólo, ciertamente, conocer aquellas normas jurídicas que puedan darle una respuesta. Éstas son aquellas normas jurídicas que enlazan a determinados supuestos de hecho la consecuencia jurídica de un deber de resarcimiento de daños. Los supuestos de hecho de estas normas jurídicas contienen una serie de circunstancias caracterizadas de modo general, de cuya presencia o ausencia depende la resolución en cada caso concreto. Siempre que existan estas circunstancias y el que enjuicia pueda comprobar su presencia o ausencia en el caso enjuiciable, las recogerá en su descripción del hecho: en el hecho como enunciado.

Pero, ¿no nos movemos, con ello, otra vez en un círculo vicioso? Para poder enjuiciar jurídicamente el hecho tal como ha sucedido, el que enjuicia tiene que darle antes la forma de un enunciado, en el que recoja todo aquello (y sólo aquello) que puede ser relevante para el enjuiciamiento jurídico. Lo que es relevante para el enjuiciamiento jurídico se obtiene de las normas jurídicas posiblemente aplicables al hecho. El que enjuicia parte, por tanto, del hecho a él relatado, examina qué normas jurídicas le son posiblemente aplicables, completa después el hecho atendiendo a los supuestos de hecho de estas normas jurídicas, que él, por su parte, concretiza de nuevo —siempre que esas normas no posibiliten una clara subsunción— atendiendo a tales circunstancias tal como aquí se presentan. El hecho en cuanto enunciado recibe su formulación definitiva sólo atendiendo a las normas jurídicas según las cuales ha de ser enjuiciado; pero éstas, a su vez, serán elegidas y, siempre que se requiera, concretizadas atendiendo al hecho enjuiciable.

Sólo habría de tratarse aquí de un círculo vicioso lógico, si el que enjuicia hubiera introducido algo en el hecho en cuanto enunciado que no encontrara confirmación alguna en el hecho acaecido, o si hubiera “enderezado” la norma jurídica de tal modo que permitiera la consecuencia jurídica deseada por el que enjuicia. Tanto lo uno como lo otro sería inadmisible. Engisch habla de un “ir y venir de la mirada de la premisa mayor al hecho de la vida”. Scheuerle habla de una “recíproca compenetración entre los actos de constatación de hechos reales y los de calificación jurídica”. Se trata nuevamente del proceso, por nosotros conocido, de esclarecimiento reciproco, una forma de manifestación del “círculo hermenéutico”. El “ir y venir de la mirada” entre el hecho y la norma jurídica no debe imaginarse como si el que contempla variara sólo la dirección de su mirada; más bien se trata de un proceso de pensamiento en cuyo curso el “hecho-bruto” será transformado en un hecho definitivo (en cuanto enunciado) y el texto de la norma (en cierto modo, la norma en estado bruto) en la norma suficientemente concretizada para el enjuiciamiento de este hecho. Este proceso está condicionado de tal modo por la formulación de la cuestión jurídica que finaliza con la respuesta definitiva —en sentido afirmativo o negativo— a esta cuestión.

Para el análisis metodológico es, sin embargo, necesario considerar separadamente cada una de las fases de este proceso en si coherente. De esto no puede deducirse que estas fases pudieran separarse siempre al realizar, la aplicación de la norma, lo que es, asimismo, un proceso de concretización de la norma. En este capítulo nos ocuparemos sólo de la formación del hecho (definitivo) y de su apreciación jurídica. En el hecho en cuanto enunciado podrían recogerse sólo, como hemos dicho, aquellos hechos y sucesos que se basan en lo efectivamente acaecido. De momento eludimos la cuestión de cómo el que enjuicia comprueba lo efectivamente acaecido y nos planteamos, en primer lugar, la cuestión acerca de la selección de las normas jurídicas determinantes de la apreciación jurídica y, con ello, también de la formación del hecho definitivo.

# 2. La selección de las normas jurídicas puestas como base de la formación del hecho

La selección de las normas jurídicas determinantes del enjuiciamiento jurídico y, con ello, de la formación del hecho definitivo, sucede, primeramente, de modo que el que enjuicia, partiendo del “hecho-bruto”, prueba en cierto modo una tras otra las normas que le son posiblemente aplicables, elimina aquellas que, en una mirada más cercana, aparecen inaplicables, y acepta otras que luego entran en consideración. Asi, si por ejemplo ha sabido que no se dio aquí una pretensión de cumplimiento, examinará si tal vez se dio aquí una pretensión de indemnización del daño por confianza o una pretensión de enriquecimiento. Para poder apreciar exhaustivamente el hecho bajo este punto de vista, precisará quizá de nuevos hechos hasta entonces dejados sin observar, a fin de completar con ellos el hecho definitivo.

Bierling habla de un “experimentar llevado a cabo más o menos metódicamente”, del que se vale, consciente o inconscientemente, la praxis. Sin embargo, un probar y experimentar sin elección, dada la gran cantidad de normas jurídicas de que consta el orden jurídico, sería una empresa muy poco prometedora. El que enjuicia estaría desprovisto para ello de toda garantía de haber encontrado todas las normas jurídicas que han de entrar en consideración.

Ahora bien, aquí radica la gran importancia práctica del sistema “externo”, formado por conceptos generales abstractos según puntos de vista clasificatorios más o menos formales. Por cierto que, como ha de exponerse en el último capítulo, a este sistema no le corresponde ningún, o sólo escaso, valor congnoscitivo, pero sí un importante valor como ayuda de orientación. Sin un tal sistema, habría de andar a ciegas sin ayuda quien buscase las normas jurídicas adecuadas al hecho que le es dado. El sistema sólo posibilita proceder metódicamente, hasta un cierto punto, en la búsqueda de las normas jurídicas que han de ser traídas a consideración. Ante todo y en primer lugar, el que enjuicia, si puede orientarse en el sistema, es capaz de delimitar en cierto modo el caso al conocer la región de la que han de extraerse las normas aplicables. Pensemos en el caso del mordisco del perro. El jurista, que está acostumbrado a trabajar con el sistema del Derecho vigente, sabe ante todo que, en la pregunta de si asiste a la mujer una pretensión de indemnización de daños contra el poseedor del perro, sólo puede tratarse de una cuestión de Derecho privado. Sabe además que nuestro Derecho privado conoce pretensiones de indemnización de daños por diferentes motivos, entre los que aquí, puesto que falta una relación contractual entre la mujer y el poseedor del perro, sólo entran en consideración la acción ilícita y la responsabilidad por daños, por tanto los §§ 823 ss., pero en especial el I 833 del BGB. Será conducido al I 833 porque la lesión de la mujer fue causada por el perro, es decir, “un animal”. Conoce además que el BGB contiene preceptos generales sobre las pretensiones de indemnización por daños en los §§ 249 ss. Tan pronto fije la vista en estos preceptos será conducido también al § 254 del BGB y, con ello, a la pregunta sobre una posible parte de culpa de la mujer. Luego preguntará por qué daños puede la mujer reclamar indemnización. Sobre ello le informan los §§ 249 ss. del BGB y, puesto que se trata de una pretensión que ha de basarse en el § 833 del BGB, el § 847 dei BGB. Si el suceso data dé algún tiempo atrás, entonces ha de pensar además en los preceptos sobre prescripción, y aquí en particular el 8 852 del BGB. En cambio, él sabe de antemano que aquí no pueden tener aplicación los preceptos sobre contratos de obligación, los de Derecho de cosas y del Derecho de familia y sucesiones. El jurista no busca, por tanto, sin plan en todo el BGB y demás leyes jurídico-privadas, sino (Jue se limita de antemano a aquellos campos de regulación, que aquí pueden realmente entrar en consideración.

El proceso de selección de las normas jurídicas aplicables no es siempre, evidentemente, tan simple como en el caso del ejemplo. Casos, que parecen simplemente ser conformes a la vida, pueden ser vistos bajo aspectos jurídicos totalmente diferentes, por ejemplo: bajo un aspecto jurídico-obligacional, otro jurídico-familiar y otro jurídico-real. La pregunta de si aquí se ha de aplicar el Derecho público o el Derecho privado, puede ser dudosa. Pero tampoco en un caso tal entran en consideración todas las normas de ambas regiones jurídicas, sino siempre sólo algunas. El que enjuicia, que tiene la duda de si aquí se ha de aplicar el Derecho público o el Derecho privado, preguntará ante todo por los criterios que dan la pauta para la delimitación de estos complejos de regulación. De acuerdo con ello, intentará saber todas aquellas circunstancias del hecho acaecido que pueden ser importantes en relación con estos criterios. Estas circunstancias las recogerá en el hecho en cuanto enunciado, que él ha de formar, porque son relevantes para \_sus reflexiones ulteriores y, por tanto, también para la resolución final; En cambio, si el hecho, como en nuestro caso el mordisco del perro, no ofrece motivo alguno para dudar de que debe ser enjuiciado según el Derecho privado, entonces no se realizarán nuevas preguntas y ponderaciones en esta dirección. De nuevo se manifiesta que la formación definitiva del hecho en cuanto enunciado depende de la selección de las normas jurídicas a él posiblemente aplicables; pero éstas dependen también, por Un lado de las circunstancias que hasta entonces han llegado a ser conocidas por el que enjuicia y, por otro lado, de su conocimiento de nuevos y más estrictos complejos de normas, en cuya esfera de regulación incide el hecho o, a primera vista, puede incidir.

# 3. Los enjuiciamientos requeridos

Al enjuiciar un hecho, con miras a si incide en el supuesto de hecho de una de las normas jurídicas que posiblemente le son aplicables, se exigen del que enjuicia —a lo cual se presta poca atención— juicios de muy diferente índole. Aun quien se aferra a ver una “subsunción” —en el sentido del procedimiento lógico silogístico— en la subordinación de un determinado hecho al supuesto de hecho de una norma, tiene, sin embargo, que conceder, que tal subsunción presupone ciertos juicios simples —es decir, no proporcionados a su vez por silogismo—, que afirman que esta o aquella nota distintiva, mencionada en el supuesto de hecho de la norma, está presente aquí. En verdad, el peso decisivo de la aplicación de la ley no reside en la subsunción concluyente, sino en el enjuiciamiento que le precede de los elementos particulares del hecho como tal, que corresponden a las notas distintivas mencionadas en el supuesto de hecho. De este núcleo central de la aplicación del Derecho: el enjuiciamiento requerido del hecho, vamos a ocuparnos ahora, a cuyo fin no tendremos recelo en repetir, en conexión con esto, lo ya parcialmente dicho

## 3.1. La percepción

El hecho en cuanto enunciado se refiere, en primer lugar, a sucesos o situaciones-reales: nos dice cuándo, dónde y de qué modo ha ocurrido esto o aquello. Los enunciados sobre hechos se basan, por regla general, en percepciones. El que enjuicia se apoya en percepciones propias o, las más de las veces, en percepciones de otros, que le han sido comunicadas. Las percepciones particulares se asocian, en virtud de la experiencia cotidiana, en imágenes representativas, y éstas reciben un nombre. En esto se oculta ya algo así como una “interpretación”. Alguien percibe, por ejemplo, una formación oscura sobre el horizonte en el cielo despejado, que él interpreta como “nube” o también como “tormenta”. Si sus percepciones ulteriores no concuerdan con su interpretación, la rectificará. Alguien ve a un perro correr de aquí para allá y oye, al mismo tiempo, sonidos que sabe son ladridos de perro. Enlaza entonces ambas percepciones en una imagen representativa diciendo que este perro, que ve en este lugar determinado, ladra. De tales imágenes representativas, basadas en percepciones y en su interpretación, se compone, por regla general, el relato que hemos calificado de “hecho-bruto”.

Hechos jurídicamente relevantes, que pueden ser constatados mediante percepción, son, por ejemplo: el nacimiento y la muerte de un hombre en un momento determinado; la lesión Corporal de un hombre; la destrucción o deterioro de una cosa; la dimensión, el peso, el aspecto externo, la constitución química o física de una cosa; la situación de una finca; el envío o la entrada de un escrito en un lugar determinado, en un determinado tiempo; la autenticidad de un documento; las palabras efectivamente pronunciadas en una determinada situación. Tales hechos son capaces de prueba en el proceso, y, siempre que sean discutidos, la necesitan. Sin embargo, los supuestos de hecho de las leyes no se refieren sólo a aquellos hechos que han de verificarse por la mera percepción, sino que, en parte, se refieren a aquellos hechos y sucesos, como es el caso en especial de los actos humanos y declaraciones de voluntad, que han de comprenderse de un modo determinado —como, por ejemplo, que han de interpretarse como declaración de voluntad jurídico-negocial—. Además de ello, el supuesto de hecho exige ya, no raras veces, una valoración jurídica de lo acaecido. Los juicios que se requerirán para calificar un hecho como aquel que se tiene en cuenta en el supuesto de hecho de una norma legal, no se basan siempre, en todo caso, sólo en percepciones v en su asociación en imágenes representativas. Con frecuencia se trata de juicios que se basan en una interpretación de la conducta humana, en la experiencia social o en una valoración.

Sólo para completar cabe observar que también las relaciones jurídicas pueden ser elementos de supuestos de hecho. Elemento de supuesto de hecho puede ser, por ejemplo, la circunstancia de que alguien es propietario de una cosa determinada, representante legal de otro, con capacidad negocial o con capacidad negocial limitada, presidente o cualquier otro órgano de una persona jurídica. Si esto es discutible en el caso particular, es preciso retroceder otra vez a aquellos hechos actos o demás sucesos, de los que depende la relación jurídica en cuestión. Sin embargo, siempre que sea indiscutida la existencia de una relación jurídica, presupuesta en el supuesto de hecho, y sólo se discuta sobre la presencia de otros elementos del supuesto de hecho o sobre la consecuencia jurídica, no se precisa un tal retroceso.

Por cierto qué la existencia de una relación jurídica determinada en un tiempo determinado no es un hecho de la naturaleza, que como tal fuera accesible por principio a la percepción; pero sí es un “factum” dentro del mundo de lo jurídicamente vigente aquí y ahora. Por ello, lo que es él mismo una consecuencia jurídica, que ha resultado de la aplicación de normas jurídicas a ciertos sucesos de vida, puede actuar también como elemento del supuesto de hecho de otra norma jurídica.

## 3.2. La interpretación de la conducta humana

Dentro de los juicios que no se basan únicamente en percepciones, los más importantes son aquellos que se refieren a la interpretación de la conducta humana. A la percepción sólo es accesible inmediatamente el lado externo de la conducta humana. La conducta humana es, en amplia medida, un hacer dirigido a fines. Como tal sólo lo comprendemos en base a las experiencias que cada uno hace en sí mismo y en otros. A la percepción del movimiento del cuerpo y de la modificación por él ocasionada en el mundo exterior, se añade, por ello, al punto en muchos casos la interpretación del suceso como un hacer dirigido a fines. Vemos a otro meter una llave en el agujero de la cerradura y darle vuelta: en seguida interpretamos esta conducta como “abrir la puerta”. O vemos que el comprador da un billete al vendedor, el huésped al camarero, e interpretamos este suceso como “pago”. Si alguien, en el curso de una discusión, golpea con un objeto duro a su adversario, de modo que éste se desploma, no titubeamos en ver en ello una lesión corporal premeditada. El que nosotros comprendamos en: seguida la conducta percibida como un hacer dirigido a fines, depende de múltiples experiencias acerca de lo que los hombres intentan conseguir con una tal conducta en una tal situación. Serán necesarias nuevas reflexiones; si la conducta puede servir a diferentes fines o si la situación es equivoca. Una interpretación primero evidente, puede mostrarse incorrecta tras un conocimiento más próximo de las circunstancias. Lo que aquí debe exponerse es sólo que, al caracterizar la conducta humana como una acción determinada —como abrir la puerta, como pago, como lesión corporal—, desempeñan un papel —de mayor alcance aún que en la asociación de percepciones en imágenes representativas— interpretaciones que, por su parte, se basan en experiencias anteriormente hechas.

Precisan en especial medida una interpretación las declaraciones de voluntad, orales o escritas, en particular las declaraciones de voluntad juridico-negociales. Son también inmediatamente perceptibles aquí, una vez más, sólo-el suceso externo, los sonidos pronunciados y los signos escritos. Los comprendemos como declaraciones de voluntad o de opinión con determinado contenido en virtud de una interpretación, que se basa en primerísima linea en el conocimiento de cada lenguaje como medio del que se sirve el autor de las palabras o de los signos escritos para hacerse comprender por otros. Además de esto, la interpretación de tales declaraciones, a la vista de la multitud de posibles variantes de significado de la expresión lingüística, requiere un conocimiento de la situación a la que se refiere el discurso, de las costumbres especiales del que habla, así como de aquellas circunstancias que él presupone conocidas por los destinatarios de sus palabras.

El jurista sabe que la mayoría de tales declaraciones precisan interpretación cuando su contenido es discutido. Acerca de la interpretación de las declaraciones juridico-negociales, habrá de decirse algo todavía más adelante (en el núm. 4 b). Aquí es suficiente constatar que en la interpretación de declaraciones juridico-negociales se trata, en su mayor parte, de la averiguación precisamente de aquel significado que el orden jurídico considera jurídicamente decisivo dentro de las circunstancias dadas. La interpretación de las declaraciones juridico-negociales exige, por ello, no sólo una interpretación en base a la comprensión lingüística y a las experiencias sociales, sino que, además de ello, plantea exigencias jurídicas específicas.

## 3.3. La experiencia social

Incluso cuando no se trata de la interpretación de la conducta humana se precisa frecuentemente, para el enjuiciamiento de determinados hechos tal como la ley los configura, ir más allá de la percepción empíricosocial. Asi, el juicio de que una cosa es “defectuosa” (en el sentido del §459 del BGB), contiene ya un “impacto normativo”. Calificamos una cosa de “defectuosa” cuando no es como “debiera” ser. Cuál sea la condición debida, es decir, la exigida por el orden jurídico, se obtiene del § 459 del BGB. Según ello, la pauta es el valor o la idoneidad de la cosa “para el uso habitual o presupuesto por el contrato”. Lo que sea el uso presupuesto por el contrato, tiene que ser averiguado por la via de la interpretación contractual. El “uso habitual” y el valor de una cosa resultan en virtud de hechos que son objeto de experiencia social. Cómo consigue el que enjuicia el conocimiento necesario de estos hechos, no es para discutir aquí. Es; suficiente saber que él, al averiguar la “condición debida” de la cosa, a diferencia de lo que ocurre al averiguar la condición fáctica, no se puede apoyar únicamente en juicios de percepción, sino que forma su juicio con ayuda de experiencias sociales. Se precisa también de tales experiencias cuando, por ejemplo, debe decidirse si ciertas cosas de un edificio están “incluidas en su construcción” (§ 94, ap. 2 del BGB). Éstas, además, no son suficientes aquí para un enjuiciamiento seguro en todos los casos, de modo que queda un cierto margen de libre enjuiciamiento.

Pongamos en claro la peculiaridad del enjuiciamiento que tenemos ante la vista con un nuevo ejemplo. Según el 8 950 del BGB, “quien, por medio de la especificación o transformación de una o varias materias, fabrica una cosa mueble nueva”, adquiere la propiedad de la nueva cosa, “siempre que el valor de la elaboración o transformación no sea poco importante respecto al valor de la materia”. Del gran número de cuestiones-que esta disposición suscita, entresacamos aqui una sola, la relativa a cuándo-se trata de una cosa “nueva”. El alumno A ha entallado y compuesto una cajita, por medio de un trabajo de marquetería, de una tabla de madera que no le pertenecía. Nadie pondrá en duda que, por lo que se refiere a la cajita en relación con la tabla de la que fue fabricada, se trata de una cosa ‘‘nueva”. Modifiquemos ahora el hecho de modo que A ha descompuesto una cajita compuesta flojamente de madera sin labrar, ha adornado los lados de la cajita mediante un entallamiento primoroso, y luego la ha compuesto de nuevo. ¿Es ahora la cajita todavía “la misma”, sólo modificada en su aspecto externo y en su valor, o es una cosa “nueva” ? La “concepción del tráfico”, a la que frecuentemente se remite en conexión con esto, no da respuesta alguna. Pues no es posible constatar si se ha formado en el tráfico una opinión firme sobre esta cuestión. Si se intenta hacerlo con una definición conceptual, para posibilitar una subsunción, se pone de manifiesto que difícilmente puede hallarse un criterio que se ajuste en todos los casos a la intención de la ley. La modificación de forma y figura puede ser un indicio pero, por sí sola, ni es necesaria ni suficiente para considerar “nueva” la cosa modificada. Algo parecido ocurre con el criterio lingüístico. Si la cosa se denomina ahora en el tráfico de otra manera, esto, por cierto, habla a favor de que se trata de una “cosa nueva”. Pero esto no puede ser decisivo en todas las circunstancias, porque el uso del lenguaje puede también aquí ser impreciso y oscilante. ¿Se puede decir que la cajita, primorosamente entallada, es justamente antes como después una “ cajita” —por ello, la misma cosa—, o es ahora una :obra de arte" —lo que ames ciertamente no era— y, por consiguiente, una “cosa nueva” ? ¿O se debe reducir a la distinta utilidad de la cosa actual, es decir, al distinto destino de uso en cada caso? 10 El legislador quiso, y a ello hace referencia la frase final, conferir preferencia a la actividad creadora de valor frente a la mera propiedad de la materia. Esto da a entender un “modo de consideración económica” que se reduce especialmente a si, mediante la elaboración o transformación, fue creado un nuevo valor no carente de importancia en relación con el valor de la materia. Esto puede, ciertamente, suceder también mediante una reparación total, con la cual, según opinión general, no se fabrica una “cosa nueva”. La cosa reparada es únicamente repuesta en su estado anterior, se hace de nuevo idónea para el destino de uso originario. De hecho, el gusto lingüístico se opone aquí a calificar la cosa únicamente reparada como “cosa nueva”. Si la reparación resulta en virtud de un contrato de obra, el empresario está protegido por su derecho de prenda. Como de todo ello se infiere, no es decisivo un único criterio, sino la conjunción de varios, tratándose de saber a cuál de ellos, según la especial situación del caso, corresponde el mayor “peso”. Con razón dice Otte que la decisión no se lleva a cabo mediante la subsunción bajo una norma previamente dada por la práctica comercial, sino que se basa en la ponderación de hechos. El procedimiento es el mismo que hemos aprendido ya en la integración en un tipo (supra, cap. 1,4 a). Por lo que se refiere a nuestro ejemplo, yo afirmaría la novedad .de la cajita entallada, porque ésta h a obtenido una posibilidad de uso mucho más variada y su valor ha sido aumentado en medida muy considerable. Es obvio que en el enjuiciamiento de la “novedad” de una cosa no se trata de una constatación de hechos basados en la percepción, sino de una apreciación en base a hechos sociales y de su valoración en relación con las ideas que subyacen a la norma jurídica. Si no hablamos aquí de un “juicio de valor”, es porque la orientación a los hechos sociales, considerados relevantes, es suficiente en la mayoría de los casos.

## 3.4. El margen de libre enjuiciamiento del juez

No sólo en la concretización de una pauta de valoración que precisa ser llenada de contenido, sino también, de vez en cuando, ya en el enjuiciamiento de un hecho en base a experiencias sociales y en la integración en un tipo (como “poseedor del animal”, “servidor de la posesión”, “accesorio”), le queda al juez un margen de libre enjuiciamiento, que ya no puede ser rellenado por cualesquiera ponderaciones convincentes. Un tal margen de libertad puede resultar de que el caso enjuiciable está, en cierto modo, en el límite entre varios casos con él comparables, pero enjuiciados de modo diferente. Cuando la ley ha renunciado a la, en sí posible, fijación de una dimensión cuantitativa para la delimitación así, por ejemplo, cuando sólo se habla de una “desproporción existente” entre prestación y contraprestación o de una disminución de valor “no insignificante”—; se da, en lugar de un límite tajante, en cierto modo un espacio intermedio, dentro del cual la resolución puede ser de éste o aquel modo. Algo similar ocurre cuando sólo existen “transiciones lábiles”, como entre día' y noche, entre un grupo de árboles y un bosque. Tampoco pueden señalarse límites tajantes entre negligencia “leve” y “grave”, aunque también aquí la comparación de casos puede conducir, en la mayoría de los casos, a un resultado seguro. Dentro del margen de libre enjuiciamiento restante en casos particulares, el juez ha de resolver tal como lo exigen, según su prudente arbitrio, la pauta legal o el tipo, incluso cuando ya no pueda fundamentarlo hasta lo último. El científico, para quien sólo se trata del conocimiento, tendría qué decir aquí que a él ya no le es posible un juicio seguro, porque la pauta es demasiado imprecisa o porque el estado del conocimiento no se lo permite. El juez no puede permitirse un tal “non liquet”; él está, al contrario que el científico, bajo la obligación de resolver. Tiene que llegar a una resolución del caso a él sometido y, por ello, decidirse a enjuiciar, de uno u otro modo, el hecho a él sometido. La jurisprudencia de los tribunales tiene que aceptar, en tales casos, el inevitable riesgo de-inseguridad inherente. Es suficiente con que el juez haya agotado todos los medios de concretización dé que dispone, con ayuda de reflexiones jurídicas y con que, según ello, su resolución aparezca “defendible”. El jurista denomina “defendible” una resolución, cuando, por cierto, su rectitud no puede probarse fuera de toda duda, pero es todavía menos demostrable que es “equivocada”, cuando, al menos, hablan en favor de su rectitud sólidas razones. Que a él, frecuentemente, le basta con la mera “defendibilidad” de una resolución, cuando el profano espera “rectitud” demostrable, es algo que se basa en la inevitabilidad de la persistencia de márgenes de libre enjuiciamiento y en la obligación de resolución bajo la cual el juez se halla. La Jurisprudencia científica sólo puede hacer un enunciado, en relación a tales casos, acerca de si una tal resolución es todavía defendible o ya no es defendible. Un tal enunciado está, por su parte, también evidentemente bajo la exigencia de la rectitud del enunciado.

Cuando, finalmente, el juez puede elegir entre dos enjuiciamientos igualmente defendibles, es evidente que él hace la elección previendo el resultado de ella dependiente, es decir, previendo la resolución del caso que resulta de esa elección. Puesto que el juez quiere resolver el caso, en cuanto sea posible, “justamente”, y puesto que la justicia de la resolución del caso es un deseo legítimo de la jurisprudencia judicial, es legítima la previsión dé la resolución del caso estimada justa por el juez. Ciertamente, el juez no en todos los casos sabe previamente qué solución es “justa”. Dado que es más fácil decir lo que es claramente injusto que lo que es justo en casos difíciles, el juez puede evitar, de esta manera, por lo menos una resolución evidentemente injusta. Cuando ninguna de las resoluciones posibles sea evidentemente injusta, la resolución queda abandonada, en los casos citados, a la intuición valorativa y a la convicción del juez. Aquí existe ciertamente el peligro de que, en el juicio del juez confluyan, sin saberlo él mismo, múltiples prejuicios que, como siempre, pueden estar condicionados. Del juez tiene que exigirse que, en cuanto le sea posible, se libere dé dar cuenta de sus motivaciones y que también aprenda de resoluciones equivocadas. Pues, cuando no existe una disposición al respecto, un sentimiento jurídico pronunciado puede también equivocarse fácilmente.

Que al juez le queda, de vez en cuando, un margen de libre enjuiciamiento, dentro del cual tan sólo su convicción personal de rectitud es quien decide, sólo parece, sin embargo, un “resto penoso” a quien es capaz de creer en la racionalización sin restos de todos los fenómenos vitales y, con ello, en la exclusión definitiva de la personalidad creativa. Frente a esto existe la opinión de que, como en otras esferas de la vida, también en la esfera de la aplicación del Derecho no se puede prescindir de la influencia de la decisión personal. El Derecho, dice Engisch, “es, en todas sus partes, un producto del espíritu vivo, que aparece orgánicamente y. vinculado a la persona. La autorización para resolver según el propio arbitrio, significa la entronización de la personalidad, que aspira a la realización del sentido, en el plano de la concretización jurídica. Por eso, lo subjetivamente recto puede ser aquí lo justo en absoluto”. Se comprende que esto tiene siempre validez sólo dentro de aquella esfera en la que al juez le queda un margen de libre enjuiciamiento. Que este margen de libre enjuiciamiento, que la. Jurisprudencia se esfuerza continuamente por estrechar, haya de desaparecer totalmente, ni es aceptable, ni tan siquiera sólo deseable.

Del margen de libre enjuiciamiento que le queda al que aplica al Derecho —especialmente al concretizar una pauta que precisa ser llenada de contenido atendiendo al caso particular, pero también, en ámbito más reducido, al realizar la integración en un tipo, así como cuando existen transiciones lábiles— ha de distinguirse la potestad discrecional de acción o configuración del funcionario administrativo en los casos en que la ley le deja un margen de libre resolución. La bibliografía sobre el concepto de “potestad discrecional” en la Administración es casi inabarcable; aquí tenemos que limitarnos a algunas observaciones fundamentales. El sentido de la potestad discrecional de acción o configuración, que en muchos casos le está limitada a la Administración, se ve comúnmente en que la Administración debe tener la posibilidad de adoptar, según el tiempo, lugar y circunstancias dadas, una de las varias medidas permitidas por la ley o quedar inactiva, dejándose guiar al respecto menos por ponderaciones jurídicas que por ponderaciones de oportunidad. También un tal margen de potestad discrecional, concedido a Administración, está, según la concepción actual, siempre limitado, ya sea por la propia ley que restringe la facultad discrecional; ya sea por las barreras, siempre a tener en cuenta que resultan de la Constitución y de los principios generales del Derecho, por ejemplo, del principio de la proporcionalidad. Un ejercicio de la potestad discrecional, que sobrepase estos límites, es anticonstitucional; los tribunales administrativos velan porque la Administración haga sólo un uso debido de su potestad discrecional. Pero la medida adoptada por el órgano administrativo es -conforme a Derecho si está dentro de su margen de potestad discrecional;- aun en el caso en que otra medida fuera quizá más oportuna. Los tribunales administrativos sólo examinan la conformidad con el Derecho, no la oportunidad. Ahora bien, puede ser que una ley se sirva de uno de los de nominados conceptos jurídicos indeterminados —es decir, de una pauta qué precisa ser llenada de contenido— para caracterizar los presupuestos dentro de los cuales el órgano administrativo debe tener un margen de potestad discrecional. El margen de potestad discrecional no es más amplio que el margen de libre enjuiciamiento si el órgano administrativo, en caso de que se hayan de respetar los presupuestos, ha de actuar siempre de determinada manera. Es preciso examinar cada vez si, respetando los presupuestos, debe todavía quedar al órgano administrativo un margen de potestad discrecional respecto a su resolución y qué amplitud debe tener dado el caso. En todo caso, entre el “margen de libre enjuiciamiento” del que aplicó el Derecho y la potestad (vinculada) discrecional (potestad discrecional de actuación) de la Administración sigue existiendo esta distinción: que en el proceso de concretización de pautas que precisan ser llenadas de contenido por los tribunales la resolución particular actúa como modelo y, por ello, contribuye a estrechar el margen de libre enjuiciamiento persistente, mientras que, en la esfera de la potestad discrecional de actuación tales efectos no se dan en la misma medida. Ciertamente que el principio de igualdad entendido como prohibición de la arbitrariedad, puede también conducir aquí a que la Administración esté vinculada, hasta un cierto grado, a su praxis constante.

No es equiparable ni al margen de libre enjuiciamiento al aplicar los conceptos jurídicos y pautas de valoración, más o menos indeterminados, ni tampoco a la potestad discrecional de actuación de la Administración, el arbitrio del juez penal al fijar la pena concreta, al graduar la pena. Éste hade orientarse, de un lado, estrictamente por la idea del Derecho y por los diferentes fines de la pena reconocidos por el orden jurídico. De otro lado; la disparidad de estos fines, la multiplicidad de las circunstancias particulares a tener en cuenta y la limitación de los medios de conocimiento, dificultan, en gran medida, las posibilidades de comparación y, con ello, el cumplimiento de la justicia de la pauta. Esto no excluye que el juez se esfuercen también aquí en utilizar pautas iguales y que ponga en claro sus ponderaciones. No obstante, se tiene que dar la razón a Engisch cuando concede que “también aqui, a pesar de todos los esfuerzos de la teoría y la praxis para aportar justicia a la graduación de la pena, juegan, sin embargo, un importante papel, de un lado, las ideas sobre el fin; pero, de otro lado, persiste también un reste personal, que no desaparece dividido por la razón, es decir: un componente individual en el acto de decisión”. Dentro del margen de libre resolución, circunscribible en base a ponderaciones detenidas, el juez ha de fijar todavía la extensión exactamente determinada de la pena; hasta aquí entra en consideración, como dice Hegel, tan sólo el interés por la realización del Derecho, “el interés, que está en absoluto determinado y decidido, sea cual sea el modo (dentro de unos límites) en que lo quiera”. También aquí es tarea de la Ciencia del Derecho poner al Juez en situación de medir la pena mediante el desarrollo de criterior iluminadores y suficientemente practicables, de hacer tan razonable, como posible sea, la resolución sobre la medida de la pena, es decir: mantener reducido el margen de libre resolución dentro- del cual él todavía puede fijarla.

# 4. El hecho acaecido

## 4.1. La comprobación de los hechos en el proceso

La tarea del juez consiste en enjuiciar jurídicamente hechos acaecidos, no sólo imaginados. Por ello, la formación del hecho y su enjuiciamiento jurídico se orientan, de un lado, a los supuestos de hecho de las normas jurídicas aqui posiblemente aplicables y a las pautas de enjuiciamiento en ellas contenidas; de otro lado, a los acontecimientos reales, siempre que el juez sea capaz de constatarlos. El hecho en cuanto enunciado debe reproducir el hecho acaecido por medio del lenguaje y de las formas de expresión de que dispone, tal como se presenta al tribunal en base al proceso; él lo enuncia como un hecho que ha ocurrido así y no de otro modo. ¿De qué medios dispone el tribunal para conocer que un hecho ha ocurrido efectivamente así?

## 4.2. La distinción entre cuestión de hecho y cuestión de derecho

El Juez que tiene ante si la pregunta de si un hecho que se le expone ha ocurrido efectivamente asi, no ha percibido, por regla general, él mismo los hechos, sino que tiene que conformarse con las percepciones de otros. Es posible ciertamente que él haga posteriormente por sí mismo una inspección ocular de determinados objetos pertinentes al hecho, como, por ej., un utensilio' del hecho, el documento sobre cuya interpretación discuten las partes, el lugar del accidente, restos de una cosa destruida. Pero, los acontecimientos pretéritos —y de ellos se trata por regla general— ya no son perceptibles ahora. Sólo es posible que aquellos que los han observado entonces, los actualicen de nuevo por el recuerdo y testifiquen ante el tribunal.

No obstante, todo jurista práctico sabe cuán inseguras son, las más de las veces, las declaraciones de los testigos: deficiencias de percepción, de interpretación y de recuerdo, imprecisión de la expresión, con frecuencia también toma de partido, más o menos consciente, de los testigos —hecha total exclusión de las declaraciones falsas conscientes—, menoscaban su valor.

El juez puede, por ello, para lograr una imagen adecuada de lo sucedido, no seguir sin más la declaración de un testigo o simplemente de un participante directo en la contienda, sino que tiene que enjuiciar la credibilidad de estas declaraciones. Esto es tanto más difícil para él, cuanto que él, las más de las veces, no conoce los testigos, la impresión externa engaña con frecuencia, no se manifiesta de inmediato una idea preconcebida quizá existente, el testigo se expresa quizá torpemente, está amedrentado, etc.

La dificultad de conocer cómo fue realmente, será todavía mayor cuando ningún testigo puede informar por propia percepción sobre un determinado suceso. El medio, con cuya ayuda el juez intentará entonces conseguir una imagen acertada de los sucesos, es la conclusión obtenida de los denominados indicios. Los sucesos de la vida anímica, como una intención determinada, los motivos, la buena o la mala fe, en realidad sólo pueden ser investigados en base a indicios, puesto que no son inmediatamente accesibles a una percepción ajena. Se entiende por “indicios” aquellos hechos o sucesos que en sí mismos no son parte del hecho enjuiciable, pero que permiten un silogismo sobre un suceso perteneciente al asunto. En un tal silogismo actúa como premisa mayor, por regla general, una determinada “máxima de experiencia”, una ley natural o una regla de probabilidad; como premisa menor el hecho inducible, que, por su parte, o bien es confesado en el proceso, o está asegurado por inspección ocular o por testimonio fidedigno. Sólo raras veces se trata, sin embargo, de conclusiones lógicamente vinculantes. Si consta que A estuvo en un determinado tiempo en un lugar determinado, entonces no puede haberse encontrado durante el mismo tiempo en otro lugar, puesto que la premisa mayor —que nadie puede encontrarse al mismo tiempo en dos lugares diferentes— puede valer como absolutamente segura. Pero, las más de las veces, la premisa mayor es una regla de probabilidad que, con frecuencia, ni siquiera es suficientemente segura. Si alguien visto con un paquete sospechoso bajo el brazo a una hora nocturna en las proximidades del negocio en el que fue cometido un robo, sin poder dar de ello una explicación convincente, esto da; base en verdad para una cierta probabilidad de que el autor fue él; pero esto en modo alguno es seguro. La probabilidad aumenta cuando se añaden otros indicios; si, por ejemplo, es hallado en poder del sospechoso un utensilio de la clase del que fue utilizado. En la mayoría de los casos, el juez se conforma con un alto grado de probabilidad para obtener de ello la convicción de que fue así y no de otro modo. “Probar” algo, en el lenguaje del Derecho procesal, quiere decir: “crear en el tribunal la convicción acerca; de la exactitud de una alegación de hechos”. Una demostración en el sentido matemático, o en el sentido de las Ciencias naturales exactas, no puede exigirse. El juez, que, según el Derecho procesal actual, ha de apreciar “libremente” las pruebas, tiene ciertamente que formar su convicción en conciencia, con exclusión de todas las fuentes que sabe son deficientes. Tampoco aquí puede renunciarse a la cooperación de la personalidad humana, a un modo cuidadoso del enjuiciamiento acuñado por el ethos judicial.

Sin embargo, a la comprobación de lo que realmente ha ocurrido se ponen límites, no sólo debido a las limitaciones de la facultad cognoscitiva humana sino también, por mucho que esto pueda en principio parecer sorprendente a algunos, por parte del Derecho procesal. Esto vale sobre todo en la esfera del denominado principio de audiencia en el proceso civil. Conforme a él, el tribunal sólo debe considerar aquellos hechos aportados por las partes (en forma de alegación) y con ello se han convertido en objeto de debate o son “notorios” al tribunal; las alegaciones de hechos, que son con-, cedidas o no son negadas por la parte contraria, el juez ha de suponerlas pertinentes, aunque él no esté convencido de su rectitud. El juez puede así, en ciertas circunstancias, estar jurídicamente obligado a poner como base de su enjuiciamiento un hecho del que personalmente está convencido que" no ha ocurrido así. Este resultado, en principio aparentemente extraño, se explica por el empeño del Código procesal civil en dejar a las partes lo que quieran alegar y acerca de qué quieran suscitar la discusión. No obstante, el principio de audiencia está considerablemente restringido en el proceso civil actual, sobre todo por el derecho de interrogación judicial (I 139 del Código procesal civil). Pero también cuando rige el “principio indagatorio”, sobre todo, por tanto, en el proceso penal, se ponen ciertos límites al hallazgo de la verdad por el tribunal. Ciertas personas tienen un derecho de excusar el comparecer como testigos; la utilización de grabaciones magnetofónicas hechas en secreto, asi como de aquellas declaraciones del inculpado que fueron conseguidas con violación de las disposiciones legales, es, en principio, improcedente. Estas barreras al hallazgo judicial de la verdad sirven a la protección de otros bienes jurídicos reconocidos preeminentes, en especial de los derechos irrenunciables del inculpado a la personalidad y de los intereses de un tercero dignos de protección. “El hallazgo de la verdad es, por cierto, un fin muy importante del Derecho procesal, pero no su fin, único. Como todo fin jurídico, puede, en cierta medida, tener qué situarse detrás de otros unes jurídicos aun más importantes.

4.3. La prueba de los hechos y la prueba de las afirmaciones

4.4. La carga de la prueba.

Con toda esta compleja elaboración para determinar con precisión a quién incumbe la carga de confirmar en el proceso, se ha llegado a establecer desde la propia ley un claro criterio objetivo que indica al juez qué hacer cuando no hay elementos suficientes confirmatorios productores de convicción.

En efecto: si al momento de sentenciar, un juez se encuentra con un caso en el que hay varias declaraciones testimoniales acordes entre sí, un buen peritaje que responde adecua-damente al interrogatorio formulado al efecto y varios documentos que acreditan los hechos litigiosos, el juez falla según la interpretación que haga de la suma de tales medios y, por supuesto, no se pregunta a quién le incumbía la carga de confirmar. No le hace falta hacer esa indagación.

En cambio, si el juez carece de elementos confirmatorios suficientes para que pueda formar su convicción en uno u otro sentido, como no puede ordenar por si mismo la producción de medio alguno de confirmación (ver supra, # 2.2.) y como tampoco puede hacer valer su co-nocimiento personal del asunto a fallar, recién ahí se interroga acerca de quién debía con-firmar determinado hecho y no lo hizo.

Y la respuesta a ese interrogante sella definitivamente la suerte del litigio: quien debió con-firmar su afirmación y no lo hizo, pierde el pleito aunque su contraparte no haya hecho nada al respecto. Así de fácil.

Comprenderá ahora el lector la enorme importancia del tema en estudio: se trata, simple-mente, de facilitar la labor del juez al momento de fallar, otorgándole herramientas que le imposibiliten tanto el pronunciamiento non liquet como su propia actuación confirmatoria, involucrándose con ello personalmente en el resultado del juicio.

Sostuve antes que las reglas de la carga de la prueba constituyen, en verdad, directivas para el juzgador, pues no tratan de fijar quién debe asumir la tarea de confirmar sin de quién asume el riesgo de que falte al momento de resolver el litigio.

Sin embargo, este fatigoso y largo esfuerzo para lograr parámetros de pura objetividad a fin de permitir un rápido y seguro juzgamiento de cualquier litigio por un juez que se concreta a mantener la paz social dando certeza a las relaciones de las partes encontradas y asegu-rando el efectivo cumplimiento de las promesas y garantías brindadas por el constituyente y por el legislador, está siendo dejado de lado en los últimos años.

Al comienzo, y sin entender bien el concepto de carga, alguna jurisprudencia la hizo pesar sobre ambas partes por igual (¿!).

Por ejemplo, durante la década de los 60 rigió en la Argentina una ley que congelaba todas las locaciones de inmuebles urbanos e impedía actualizar el monto del alquiler a menos que el inquilino tuviera suficientes medios de fortuna (u otras propiedades) como para poder pa-gar un canon liberado. Este precepto –que en la jerga tribunalicia se denominó como de inquilino pudiente– generó una ola de pleitos en los cuales el actor debía lograr del juez la plena convicción de la pudiencia del inquilino, cosa que no era fácil de hacer. Como en rigor de verdad se trataba de una “prueba” diabólica por el carácter local de los diversos Registros de Propiedades con que todavía cuenta el país, algunos jueces comenzaron a imponer una suerte de extraña inversión o complementación de la carga confirmatoria, sosteniendo que la pudiencia era un hecho que debía ser acreditado por ambas partes por igual. Por cierto, el argumento reñía con la técnica procesal y, sobre todo, con la lógica.

Con posterioridad, conocida doctrina americana comenzó a insistir en la necesidad de lograr la vigencia en el proceso de una adecuada y justa ética de la solidaridad entre ambos con-tendientes, exigiendo para ello la plena y total colaboración de una parte con la otra en todo lo que fuere menester para lograr la producción eficiente de un medio cualquiera de confir-mación. A mi juicio, esta doctrina es exótica y divorciada de la realidad de la vida tribunalicia, por lo que merece ser sepultada en el olvido.

Sin embargo, actualmente tal doctrina ha ido mucho más lejos respecto de la vigencia de la carga de confirmar

Y es que, so pretexto de que la justicia debe merecer un tratamiento más ágil y eficiente en esta época que ha dado en llamarse posmodernista, algunos jueces con alma de pretores desean volver raudamente a las incertidumbres del pasado. En esta tesitura, sin sentirse vinculados a un orden jurídico previo, creen que pueden cambiar las reglas procedimentales según sus propias opiniones –haciéndose eco de otros sistemas jurídicos no vigentes en nuestros países y con olvido del claro mandato constitucional que establece la inviolabilidad de la defensa en juicio. Y así, han decidido dejar de lado las reglas normativas de la incum-bencia confirmatoria recién explicadas, variándolas en cada caso concreto por la mera apli-cación caprichosa de las antiguas reglas subjetivas de la facilidad o de la mejor posibilidad de “probar”.

Con estos alcances es que se habla hoy de las cargas dinámicas probatorias que, más allá de las buenas intenciones que animan a sus sostenedores, no puedo compartir en tanto repugnan al texto expreso de la ley y, con ello, se acercan peligrosamente al prevaricato.

Para que se entienda adecuadamente la seriedad de la crítica, debo recordar que hay códi-gos en América latina que nada establecen en cuanto al tema en trato. En los lugares donde ello ocurre (por ejemplo, en Santa Fe) es la sola doctrina la que se encarga de explicitar a quién incumbe la tarea de efectuar la confirmación procesal. Por tanto, si un juez sostiene algo diferente, no viola el texto expreso de la ley y puede imponer la incumbencia confirma-toria que se le ocurra.

Y así, con indudable actitud justiciera, alguna jurisprudencia comenzó a sostener, en el mo-mento mismo de sentenciar un recurso de apelación –es decir, después de que el proceso terminó– que si bien no fue adecuadamente confirmado por el actor el hecho constitutivo de la imputada responsabilidad aquiliana, ello carecía de importancia en la especie pues la res-pectiva carga (cabría preguntar ¿de qué?) correspondía a la contraparte y, por tanto, al nada haber acreditado ésta, debía acogerse sin más la pretensión demandada (¡!).

En otras palabras: quien así sentenció el pleito varió a su voluntad las reglas del juego a las cuales se ajustaron los contrincantes durante todo el proceso. ¡Sólo que lo hizo después de que el juego terminó! Y esto parece de ilegitimidad manifiesta por más que pueda ser justa la solución dada al caso.

Pero hay lugares donde ocurre exactamente lo contrario a lo hasta aquí relatado.

Por ejemplo, en el art. 249, donde se establece con absoluta claridad que: “Incumbirá la car-ga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un pre-cepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer.”

Resulta ya claro que la tesis que acepta sin más la vigencia de las “cargas dinámicas proba-torias” no puede coexistir con la norma pre transcrita, por cuya razón creo que no es menes-ter insistir abundando en el tema.

En definitiva: la ley –y sólo la ley, nunca la jurisprudencia– es la que regula todo lo referente a la incumbencia confirmatoria a fin de dar total y objetiva seguridad a la actividad que los jueces cumplen al sentenciar, evitando así que ellos puedan alterar las reglas del onus pro-bandi a discreción y una vez que el pleito ha finalizado.

En otras palabras y recurrentemente: cambiar las reglas del juego después de que el juego terminó, convirtiendo en ganador al claro perdedor según las normas tenidas en cuenta por los jugadores durante todo el desarrollo del certamen, no sólo es actitud tramposa sino que, en el proceso, viola la garantía de la defensa en juicio. ¡Por mucho empeño justiciero que ostente el juez actuante!

Reitero conceptos para fijarlos en el lector: como se ha visto hasta aquí, el tema en trata-miento relativo a la incumbencia confirmatoria –que habitualmente se estudia con el nombre de carga de la prueba– no es en sí mismo un tema propio de la confirmación procesal sino que es, en esencia, una clara regla de juzgamiento dirigida al juez para que sepa a qué ate-nerse cuando carece de elementos de confirmación acerca de los hechos litigiosos sobre los cuales debe fallar. Y como es obvio, tal regla no sólo debe ser precisa sino de cumplimiento objetivo y acatamiento irrestricto.

Finalmente: se sostiene en doctrina que las reglas de la carga confirmatoria no pueden ser alteradas por las partes, so pretexto del orden público que domina la legislación procedimen-tal.

No coincido con tal afirmación. Antes bien, he sostenido antes de ahora que no hay orden público procesal en materia transigible y, que el principal creador de normas procesales debe ser el propio litigante. Por lo demás, no creo que nada pueda evitarlo en un régimen constitucional en el que está permitido todo lo no expresamente prohibido por la ley.

Hasta aquí me he ocupado del tema desde una óptica propia de la pretensión civil. Veamos ahora si los conceptos ya expuestos pueden o no aplicarse al campo de lo penal.

Afirma la doctrina generalizada –computo aquí a la mayoría de los autores que imponen actualmente opinión jurisprudencial en los diferentes países de nuestro continente– que el concepto de carga “probatoria” (confirmatoria) ha fracasado al ser transportado al proceso penal, donde –antes que de cargas– cabe hablar de deberes funcionales administrativos del Ministerio Fiscal (pues no cabe afirmar jurídicamente que el fiscal sea titular de un interés interno en antagonismo con el del imputado. Por ello es que nunca puede decirse que el órgano de la acusación resulta vencido cuando no prueba la imputación pues el interés de la sociedad está en el castigo del culpable y en la represión del delito en tanto exista, precisa-mente, un culpable) y de deberes jurisdiccionales del juez en los sistemas inquisitivos con-sagrados legalmente en casi toda América latina.

En esta tónica, tales autores se manejan exclusivamente con el sintagma in dubio pro reo y exigen ingenua e ilegalmente la colaboración del propio imputado, a quien sí hacen soportar una especie de minicarga probatoria que le permita salir con bien del proceso!

Nada empece a aplicar literalmente los principios que regulan la carga confirmatoria en pro-ceso penal donde el Fiscal –parte acusadora– actúa como representante de la sociedad toda, con obvio interés jurídico en erradicar la actividad delictiva y, así, mantiene una actitud procesal antagónica con la del imputado.

Por supuesto, descarto totalmente que el juez pueda llevar adelante por sí mismo la preten-sión punitiva de la sociedad y que esté facultado para producir personalmente medios de confirmación que hacen al cargo imputado.

Finalmente: el principio o estado de inocencia que se encuentra ínsito en la cláusula in dubio pro reo, no juega cuando existe carencia de medios de confirmación (a la que se aplican las reglas del onus probandi) sino –todo lo contrario– cuando hay suficientes elementos de con-firmación que, no obstante, no logran forjar la convicción de culpabilidad en la mente del juez.

# 4.5. Valor del silencio en el proceso

(No está desarrollado expresamente en el material, esto es lo que encontré) De la misma forma, de no haber oposición a la demanda nada habrá para confirmar, pues en un verdadero sistema procesal el silencio debe tener un valor impuesto por la ley: en todo litigio de objeto transigible implicará siempre el reconocimiento de los hechos expuestos por el actor.

# 5. Diversos tipos de hechos y la prueba

Hechos que se deben demostrar:

a) Hechos articulados y controvertidos

b) Hechos de demostración necesaria

Hechos que no se deben demostrar:

a) Hechos no articulados: son hecho que no son relevante para la resolución del conflicto

b) Hechos no negados (silencio): Cuando existe la carga o deber de contestar y en caso de no hacerlo se le da al silencio un significado determinado

c) Hechos presumidos por la ley: Son los que la ley admite como ciertos, aceptando (presunción juris tantum o relativa) o no (presunción jure et de jure o absoluta) prueba en contrario

d) Hechos evidentes: Son los conocidos por todos los integrantes de una sociedad dada y que, por ende, integran el conocimiento propio del juez producido por el diario vivir como integrante de aquella. Por ejemplo, nada hay que justificar para sostener que durante el día se tiene mejor visión que por la noche

e) Hechos normales de convivencia: En una sociedad dada, son los que conforman un nivel medio generalizado de comporta-miento entre los coasociados, que permite al juez –que también lo practica y lo observa en sus propias relaciones sociales– aceptarlo como conducta normal del grupo social.

e) Hechos negativos: Son los que importan la alegación de una omisión o de una calidad o cualidad negativas.

## 5.1. Hechos ordinarios y extraordinarios

(No está desarrollado expresamente en el material, esto es lo que encontré) El principio ontológico determina la carga de la prueba sobre la base de la naturaleza de las cosas de modo tal que se presumen determinados hechos sobre la base de las cualidades que generalmente tienen las personas, cosas o fenómenos y en consecuencia debe probarse lo contrario; por ejemplo, si se presume la inocencia de las personas es porque estas generalmente no cometen delitos y en consecuencia lo extraordinario será que sí los cometan, siendo lo extraordinario lo que debe probarse frente a lo ordinario, que es lo que se presume.

Hechos ordinarios: son aquellos hechos que son comunes en una determinado tiempo y lugar, el la conducta normalmente esperado, requieren menor esfuerzo probatorio

Hechos extraordinarios: son aquellos hechos que no se realizan habitualmente y por lo tanto requieren un mayor esfuerzo probatorio

## 5.2. Hechos positivos y negativos

Hechos positivos: Son los que importan la alegación de una acción o existencia de algo.

Hechos negativos: Son los que importan la alegación de una omisión o de una calidad o cualidad negativas.

Por ejemplo,

1. la afirmación de que una letra de cambio no fue presentada al cobro por su tenedor (afirmación de omisión), o
2. la afirmación de que alguien no es integrante de una asociación cualquiera (negación de calidad), o
3. la afirmación de que alguien no es buena persona (negación de cualidad).

Como fácilmente puede ser comprendido, el hecho negativo no admite un medio de confirmación directo –no puede ser percibido lo que no existe– sino sólo indirecto, mediante la confirmación de un hecho positivo que descarte lógicamente al negativo (insisto: no puedo probar que soy soltero pero si que soy casado, con lo cual descarto la soltería).

Todos estos supuestos, aunque afirmados y negados en la controversia, quedan –y siempre deben quedar– exentos de toda confirmación procesal directa por parte de quien los afirmó como sustento de su pretensión.

No obstante, pueden ser confirmados indirectamente a través de la acreditación de la exis-tencia de hechos positivos que necesariamente los excluyen, cuya carga confirmatoria pue-de variar en cada caso y que generalmente pesa o debe pesar sobre la parte que lo invocó (no sobre la que lo negó).

Por ejemplo, nada puede confirmar el marido que impugna una filiación matrimonial afir-mando no haber tenido cohabitación con su mujer durante el tiempo que ley presume que se operó la concepción (hecho negativo), cosa que si es sencillo para la mujer ya que para ella es un hecho positivo.

Igualmente, nada debe confirmar quien afirma que no le fue presentada al cobro una letra de cambio porque le resulta materialmente imposible hacerlo. En cambio, bien puede acreditar tal circunstancia el tenedor, con sólo presentar testigos al efecto.

Según Percy Chocano Núñez, la carga de la prueba no puede ser predeterminada por la ley, sino que su distribución se debe basar en dos principios: el principio ontológico y el principio lógico.

El principio lógico, por su parte, considera que es más fácil probar las afirmaciones positivas que las afirmaciones negativas, de modo tal que quien hace una afirmación positiva tiene que probar frente al que hace una afirmación negativa (proponer lo contrario es lo que se denomina prueba inquisitorial o prueba diabólica). Ello implica que en realidad la carga de la prueba no le corresponde a quien afirma un hecho, sino a quien se encuentra en mejor capacidad para probar.

## 5.3. Hechos posibles e imposibles

Hechos posibles: Aquellos que son realizable en la realidad y comprobable. Sólo estos pueden ser objeto de la prueba

Hechos imposibles (indefinidos); deben aparecer como algo notorio e indudablemente absurdo de probar. Ejemplos; probar la existencia del dios. Estos hechos no son objeto de pruebas.

## 5.4. Hechos constitutivos, extintivos, impeditivos e invalidativos

a) Hecho constitutivo

Es el que sostiene todo pretendiente al imputar responsabilidad o demandar la declaración de un derecho con basamento en ese específico hecho, del que afirma que emerge el efecto pretendido.

Por ejemplo, se sostiene en la demanda la existencia de un préstamo de dinero que no ha sido devuelto, o la comisión de un ilícito civil generador de responsabilidad aquiliana o, en términos similares, que ha transcurrido el plazo necesario para que la posesión pueda derivar en derecho de propiedad o para declarar la prescripción liberatoria, etc.

Caso de ser negado el hecho constitutivo, debe ser confirmado por el propio pretendiente y nada debe hacer al respecto el demandado que simplemente lo ha negado.

Si la confirmación es convincente para el juez, ganará el pleito el actor. Caso contrario, lo perderá sin que el demandado haya realizado tarea alguna al respecto.

b) Hecho extintivo

Es el que afirma todo resistente para liberarse de la responsabilidad imputada o evitar la declaración del derecho pretendido a base del hecho constitutivo, pues implica por si mismo la inexistencia de tal responsabilidad o derecho.

Por ejemplo, el demandado sostiene al oponer excepciones en la etapa de negación que ha pagado la obligación cuyo cumplimiento le reclama el actor o que la posesión alegada fue interrumpida, etc.

Caso de ser alegado este tipo de hecho, debe ser acreditado exclusivamente por el propio excepcionante, con lo cual se releva de toda carga confirmatoria al actor respecto del hecho constitutivo alegado por él.

En otras palabras: si el excepcionante afirma haber pagado el mutuo alegado por el actor, debe confirmar dicho pago. Y, nótese bien, en este caso nada debe confirmar el actor en cuanto al hecho constitutivo por él alegado, toda vez que no se justifica lógicamente la afir-mación de un pago sin reconocer implícitamente la existencia del préstamo que tal pago extinguió.

Así, toda la tarea confirmatoria pesará en el caso sobre el excepcionante, quien ganará el pleito en el supuesto de lograr la respectiva confirmación y lo perderá en el caso contrario (y, así, ganará el actor aunque nada haya hecho en el campo confirmatorio).

Como se ve y se ratificará luego, en el juego de posibles confirmaciones se trabaja siempre sólo sobre el último hecho afirmado en la cadena de constitución, extinción, invalidación y convalidación antes referida.

c) Hecho impeditivo

Es el que afirma una parte sosteniendo la ausencia en el hecho constitutivo o en el hecho extintivo de alguno de los requisitos generales que son comunes a todas las relaciones jurí-dicas (por ejemplo, la capacidad de las partes, la libertad con la cual fue expresado el con-sentimiento –cuando éste es necesario– la existencia de vicios del consentimiento, la ilicitud de la causa obligacional, etc.).

Similarmente, es el que refiere a la ineficacia del proceso como medio para debatir en él la pretensión (por ejemplo, se afirma que el juez actuante es incompetente, que el actor carece de personalidad, que la demanda es oscura, etc.).

La carga de confirmar este tipo de hecho pesa exclusivamente sobre la parte que lo invocó.

d) Hecho invalidativo

Es el que afirma todo aquél contra quien se ha opuesto un hecho constitutivo o un hecho extintivo del hecho constitutivo alegado para fundar la respectiva pretensión.

Por ejemplo: si Pedro sostiene que contrató un mutuo con Juan, afirmando que éste recibió el dinero y que no lo devolvió oportunamente (hecho constitutivo) y, a su turno, Juan afirma que pagó a Pedro tal dinero (hecho extintivo), el mismo Pedro puede alegar ahora que el pago se hizo indebidamente a un tercero (hecho invalidativo) y que, por ende, no lo recibió; por tanto, como quien paga mal debe pagar dos veces, espera ahora la condigna condena a su favor.

Este tipo de hecho debe ser confirmado por quien lo alega. Caso de no hacerlo (y sólo este hecho, ya que el constitutivo se encuentra exento de confirmación –pues es lógico presumir que quien pagó es porque debía– y que el hecho extintivo también está exento de confirma-ción –ya que si se afirma que el pago es inválido es porque se reconoce el hecho de haber sido realizado–) ganará el pleito el que alegó el último hecho implícitamente aceptado: el del pago, al que se tendrá como existente).

d) Hecho convalidativo

Es el que afirma todo aquel contra quien se ha opuesto un hecho invalidativo de un hecho extintivo de un hecho constitutivo.

Por ejemplo, si en el caso recién relatado, Juan reconoce haber pagado a un tercero y afirma que, a la postre, éste entregó el dinero al propio Pedro –con lo cual recibió finalmente su acreencia– parece claro que la invalidez del pago ha quedado convalidada.

De modo similar al expresado antes, aquí Juan habrá de confirmar sólo el hecho convalida-tivo, quedando todos los demás fuera de la tarea confirmatoria. Y resultará con ello que ga-nará el pleito si logra hacerlo y lo perderá en caso contrario.

(Sé que a esta altura de la explicación ella se asemeja grandemente a una suerte de extraño trabalenguas. Pero insisto con la buscada repetición de palabras pues creo que de tal forma ayudo a que el lector fije definitivamente el concepto).

## 5.5. Hechos presumidos por la ley

Son los que la ley admite como ciertos, aceptando (presunción juris tantum o relativa) o no (presunción jure et de jure o absoluta) prueba en contrario.

Por ejemplo: es matrimonial el hijo nacido durante el matrimonio o hasta trescientos días después de disuelto; la concepción de un hijo se produce entre los trescientos y los ciento ochenta días anteriores al nacimiento; etc.

# UNIDAD III. LA PRUEBA DE LOS HECHOS

## La prueba. Problemas semánticos y filosóficos.

Una rápida visión panorámica por la doctrina autoral nos muestra que hay quienes le asignan a la palabra prueba un exacto significado científico (aseveración incontestable y, como tal, no opinable), en tanto que muchos otros —ingresando ya en el campo del puro subjetivismo y, por ende, de la opinabilidad— hablan de: acreditación (semánticamente es hacer digna de crédito alguna cosa), y de verificación (es comprobar la verdad de algo), y de comprobación (es revisar la verdad o exactitud de un hecho), y de búsqueda de la verdad real, de certeza (conocimiento seguro y claro de alguna cosa), y de convicción (resultado de precisar a uno, con razones eficaces, a que mude de dictamen o abandone el que sostenía por convencimiento logrado a base de tales razones; en otras palabras, aceptar una cosa de manera tal que, racionalmente, no pueda ser negada), etc.

En estas condiciones, haciendo un uso extensivo del vocablo que, así, resulta omnicomprensivo de muchos significados que ostentan diferencias de matices que se exhiben tanto como sustanciales cuanto levemente sutiles, los códigos mezclan el medio (y el resultado) de la prueba pericial, por ejemplo, con el medio confesional, el documental con el testimonial, etc., y —para mayor confusión— no otorgan paralelamente al juzgador reglas claras para efectuar una adecuada valoración acerca de lo que en realidad puede obtenerse como resultado confiable con cada uno de tales medios, que se muestran siempre harto disímiles entre si.

Como se ve, el tema es de la mayor importancia y exige una adecuada explicación.

En el plano de la pura lógica, cuando una afirmación cualquiera (el cielo es azul, por ejemplo) es contestada (negada: por ejemplo, el cielo no es azul) por alguien, pierde de inmediato la calidad de verdad definitiva con la cual pudo ser expresada y se convierte, automáticamente, en una simple proposición que requiere ser demostrada por quien desea sostenerla.

Dados los alcances de la ciencia actual, no puede escapársele al lector que, por otra parte, existen afirmaciones científicas definitivamente incontestables: por ejemplo, la existencia de la ley de gravedad, la rotación del planeta alrededor del sol, etc.

Adviértase que si se lanza un objeto hacia el cielo, por ejemplo, inexorablemente caerá: una o un millón de veces (en rigor, tantas cuantas se arroje el objeto). Esto permite la formulación de una ley física cuya existencia se probará siempre, en todo tiempo, en todo lugar y por toda persona, sin admitir jamás la posibilidad de la existencia de opiniones encontradas acerca de ella. Lo mismo ocurre, por ejemplo, si se desea verificar el movimiento de la Tierra: Galileo Galilei ya no podría tener contestatarios... En ambos casos, hay una prueba científica acerca de la proposición.

Compare ahora el lector estos resultados definitivamente incontestables con el que arrojan cuatro testimoniales acerca de un mismo hecho: la experiencia judicial demuestra hasta el hartazgo que, aun si los testigos obran de buena fe, darán versiones distintas y, muchas veces, claramente antagónicas (recuerde el lector la magnífica obra de Marco Denevi “Ro-saura a las 10” y comprobará cuán exacta es esta afirmación).

Esta enorme diferencia conceptual existente entre los diversos “medios de prueba” hace que la más moderna doctrina se abstenga de utilizar dicha palabra prueba y prefiera el uso del vocablo confirmación (significa reafirmar una probabilidad): en rigor, una afirmación negada se confirma con diversos medios que pueden generar convicción (no certeza o crédito) a un juzgador en tanto que no la generan en otro.

De tal modo, no necesariamente se confirma siempre con prueba científica (o prueba pro-piamente dicha) que no admite opinabilidad alguna.

### Problema Filosófico

Varios y disímiles son los problemas que muestra el tema cuando se pretende conocerlo en toda su extensión.

El primero de los principales de ellos tiene que ver con la asignación del papel que le toca cumplir al juzgador respecto de la actividad de confirmar los hechos: se trata de determinar a priori y desde la propia ley cuál debe ser su actuación procesal en cuanto a la búsqueda y captación de los hechos litigiosos.

El segundo de los problemas aludidos tiene que ver con los deberes y facultades que los jueces deben o pueden ejercitar durante el desarrollo de la etapa confirmatoria.

Los trataré a continuación.

## El juez y la prueba. Posibles actitudes del juzgador frente a la prueba.

El tema merece una aclaración previa: en toda esta obra, la Lección. que aquí desarrollo es el que mejor permite explicar cómo se ha llegado a una situación de crudo enfrentamiento doctrinal, toda vez que ahora cabe definir y ampliar o limitar la actividad de los jueces en cuanto a la tarea de confirmar procesalmente.

Para que se entienda cabalmente el tema, es menester recordar muy brevemente la historia de los sistemas de enjuiciamiento que ya explicado antes.

Durante casi toda la historia del Derecho se aceptó en forma pacífica y en todo el universo entonces conocido que al juzgador sólo tocaba establecer en su sentencia la fijación de los hechos y, luego, aplicar a tales hechos la norma jurídica correspondiente a la pretensión deducida.

La irrupción del sistema inquisitivo generó entre sus rápidamente numerosos partidarios una acerba crítica respecto de la posibilidad de no coincidencia entre los hechos aceptados como tales en el proceso y los cumplidos en la realidad de la vida social.

Y esta fue la causa de que la doctrina comenzara a elaborar larga distinción entre lo que los autores llamaron la verdad formal (la que surge de la sentencia por la simple fijación de he-chos efectuada por el juez a base de su propia convicción) (específica del sistema dispositi-vo) y la verdad real (la que establece la plena y perfecta coincidencia entre lo sentenciado y lo ocurrido en el plano de la realidad) (propia del sistema inquisitivo pues, a la postre, antaño se sabía que la verdad era fuente de poder y eficiente instrumento de dominación).

Por supuesto, la función del juzgador cambia radicalmente en uno y otro sistema:

a) en tanto en el primero el juez sólo debe buscar –con clara imparcialidad en su actuación– el otorgamiento de certeza a las relaciones jurídicas a partir de las posiciones encontradas de los litigantes (aceptando sin más lo que ellos mismos admiten acerca de cuáles son los hechos discutidos), con lo que se logra aquietar en lo posible los ánimos encontrados para recuperar la paz social perdida,

b) en el segundo el juez actúa –comprometiendo su imparcialidad– como un verdadero in-vestigador en orden a procurar la Verdad para lograr con ella hacer Justicia conforme con lo que él mismo entiende que es ese valor, convirtiéndose así en una rara mezcla del justiciero Robin Hood, del detective Sherlock Holmes y del buen juez Magnaud...

El tema no sólo es fascinante. Es preocupante. Gravemente preocupante, pues quienes aconsejan adoptar legislativamente la figura del juez investigador lo hacen partiendo de la base de que la Verdad y la Justicia son valores absolutos.

El asunto no es novedoso: el pensamiento griego se ocupó largamente de él al plantear los problemas axiológicos, entre los cuales cabe recordar uno de los de mayor importancia: ¿puede decirse que los valores de la vida valen por sí mismos, esencialmente, o, por lo con-trario, que valen tan sólo porque alguien los valora...?

En otras palabras: los valores, como tales, ¿son absolutos o relativos? (Una puesta de sol o la Gioconda, por ejemplo, ¿son absoluta y esencialmente bellas o son bellas relativamente para mí, que las encuentro bellas, en tanto que pueden no serlo para otro?)

Traído el problema al terreno judicial parece fácil de resolver. En efecto: piénsese en un juz-gador justiciero que, con rectitud y honestidad de espíritu, hace todo lo que está a su alcance para llegar a la verdad real de los hechos sometidos a su juzgamiento.

Y, después de ardua búsqueda, cree haber logrado esa verdad –en rigor, la Verdad, única y con mayúsculas– y, a base de ella, emite su fallo, por ejemplo, absolviendo al demandado o reo. Adviértase que esta óptica muestra a la Verdad como un valor absoluto. De tal modo, la Verdad es una e idéntica en todo tiempo y lugar y para todas las personas por igual.

Piénsese también en que ese fallo es impugnado por el demandante o acusador perdidoso y, así, elevado el asunto a un tribunal superior donde también hay juzgadores justicieros, con igual o mayor rectitud y honestidad de espíritu que el juez inferior. Imagine ahora el lector que tales juzgadores, después de ardua búsqueda, creen haber llegado por ellos mismos a la Ver-dad –otra vez con mayúscula– que, lamentablemente, no coincide con la que había pregonado el inferior... Y, de tal manera, revocan su sentencia y, en su lugar, condenan al demandado o reo.

Y parece obvio destacar que la segunda Verdad debe primar por sobre la primera Verdad, por simple adecuación lógica del caso a la verticalidad propia de los estamentos que integran el Poder Judicial, en el cual la Verdad será sólo la que declare el último juzgador previsto como tal en el sistema de que se trate....

Lo primero que se le ocurrirá al lector es que lógicamente no pueden coexistir dos Verdades antagónicas acerca de un mismo tema, a menos que, en lugar de ser la Verdad, ambas sean la simple verdad de cada uno de los juzgadores (en rigor, sus verdades, que pueden o no coincidir con la Verdad).

Adviértase que, desde esta óptica, la verdad es un valor relativo. De tal modo, lo que es justo para uno puede no serlo para otro o lo que fue justo en el pasado o aquí puede no serlo en el presente o allá. En otras palabras, hay tantas verdades como personas pretenden definirlas (recuérdese, por ejemplo, que Aristóteles justificó la esclavitud... ¿Quién piensa lo mismo hoy?).

El problema ejemplificado excede el marco de una explicación lineal del tema. Pero sirve para comprender cabalmente que la simple posibilidad de que el juzgador superior revoque la decisión del juzgador inferior muestra que la verdad (así, con minúscula) es un valor relativo.

Si esto es correcto –y creo firmemente que lo es– ¿cómo puede implementarse un sistema judicial en el cual se imponga al juez actuante el deber de buscar la verdad real...? ¿Cuál es la lógica de tan imprudente imposición?

Soslayando momentáneamente la exposición, debo decir aquí y ahora que ese continuo otorgamiento de mayores facultades a los jueces ha convertido a muchos de ellos en nor-madores primarios, alejándolos del formalismo propio del sistema de la dogmática jurídica, donde deben actuar exclusivamente como normadores secundarios (creando la ley sólo cuando ella no está preordenada por el legislador).

Y esto ha traído enorme desconcierto en los justiciables, que se enfrentan no con un sistema que permite prever las eventuales soluciones de los jueces, sino con una suerte de realismo absolutamente impredecible, en el cual cada juzgador –no sintiéndose vinculado a orden jurídico alguno– hace literalmente lo que quiere... Cual el cadí.

Sentadas estas ideas básicas para la plena comprensión del tema, sigo adelante con su explicación.

Es dato conocido por ya por el lector que la serie procesal comprende cuatro pasos: afirma-ción, negación, confirmación y alegación (o evaluación o conclusión).

Sabe también que el desarrollo de tal serie sigue un orden estricta y puramente lógico, por lo que resulta invariable (no puede comenzar con la etapa de negación o con la de confirma-ción, por ejemplo) e inmodificable (en orden a mantener los principios que hacen a la exis-tencia del debido proceso, no puede eliminarse alguna de dichas etapas.

En razón de que el objeto del proceso es la sentencia, en la cual el juzgador debe normar específicamente el caso justiciable presentado a su decisión, parece obvio señalar que debe contar para ello con un adecuado conocimiento del litigio a efectos de poder cumplir con su deber de resolverlo.

Por cierto, todo litigio parte siempre de la afirmación de un hecho como acaecido en el plano de la realidad social (por ejemplo: le vendí a Juan una cosa, la entregué y no me fue pagada; Pedro me hurtó algo), hecho al cual el actor (o el acusador penal) encuadra en una norma legal (...quien compra una cosa debe abonar su precio; el que hurtare...). Y, a base de tal encuadramiento, pretende (recuerde el lector que –lógicamente– no puede haber demanda civil ni acusación penal sin pretensión) el dictado de una sentencia favorable a su propio interés: que el juzgador condene al comprador a pagar el precio de la cosa vendida o a cumplir una pena...

Insisto particular y vivamente en esto: no hay litigio (civil o penal) sin hechos afirmados que le sirvan de sustento.

De tal forma, el juzgador debe actuar en forma idéntica a lo que hace un historiador cual-quiera para cumplir su actividad: colocado en el presente debe analizar hechos que se dicen cumplidos en el pasado. Pero de aquí en más, las tareas de juzgador e historiador se dife-rencian radicalmente: en tanto éste puede darse por contento con los hechos de cuya exis-tencia se ha convencido –y, por ello, los muestra y glosa– el juzgador debe encuadrarlos necesariamente en una norma jurídica (creada o a crear) y, a base de tal encuadramiento, ha de normar de modo imperativo para lo futuro, declarando un derecho y, en su caso, con-denado a alguien al cumplimiento de una cierta conducta.

En otras palabras y para hacer más sencilla la frase: el juzgador analiza en el presente los hechos acaecidos en el pasado y, una vez convencido de ellos, dicta una norma jurídica individualizada que regirá en el futuro para todas las partes en litigio, sus sucesores y susti-tutos procesales.

## Aspectos técnicos de la confirmación judicial de los hechos:

De lo precedentemente explicado se desprende ahora la extrema importancia del tema en cuestión: la ley debe regular con todo detalle lo relativo a:

* Qué puede ser confirmado (objeto de la confirmación),
* De dónde debe extraerse la confirmación (fuente de la confirmación),
* Qué debe ser confirmado (tema de la confirmación),
* Quién debe confirmar (incumbencia de la confirmación),
* Cómo ha de hacerse la confirmación (medios de confirmación),
* Cuándo y dónde ha de hacerse la confirmación (procedimiento de la confirmación).

Todo ello será explicado a continuación.

## Objeto de la confirmación

Ya he recordado recién que todo litigio supone, esencialmente, la afirmación de un hecho ocurrido en el plano de la realidad social. Por tanto, el objeto de la confirmación será siempre un hecho susceptible de ser confirmado.

Con esta aseveración queda fuera del campo confirmatorio todo lo que sea ley en sentido formal y a partir de la fecha de su vigencia (es decir, toda norma que ha cumplido el trámite constitucional relativo a su sanción, promulgación y publicación).

Tal ley se supone conocida por todos –sin admitir prueba en contrario (CC, 8)– y, particu-larmente, por el juzgador, para quien rige en este aspecto la regla procesal iura novit curiæ (el juez conoce el derecho) (ver Lección 9) (art. 159, e).

De este modo, constituyen verdaderos hechos a los fines confirmatorios todas las expresio-nes de la ley en sentido material no formal: las resoluciones generales no publicadas en el Boletín Oficial respectivo, las ordenanzas municipales, los convenios colectivos de trabajo, los usos y la costumbre, etc. y, por supuesto, la ley extranjera en cualquiera de sus formas.

Claro está: lo que puede ser confirmado no siempre debe serlo. Para elucidar sobre qué debe versar la confirmación, hay que desarrollar el punto siguiente.

## Fuente de la confirmación

En la doctrina contemporánea, no son muchos los autores que refieren a este tema y, cuan-do lo hacen, parecería que alguien confunde el origen (persona, cosa o lugar) donde puede ocurrir el interesado para procurarse el conocimiento de un determinado hecho, con el mismo hecho que se procura confirmar. Basta efectuar una simple lectura de alguna obra que trate el tema para advertir sin más la veracidad de este aserto.

Tal vez por eso es que la mayoría de los autores no desarrolla el tema, abordándolo tangen-cialmente al explicar cuáles son los medios de confirmación.

A mi juicio, conviene detenerse en la formulación del concepto de fuente toda vez que la cabal comprensión del fenómeno permitirá al estudioso distinguir entre medio y fuente de confirmación.

Una simple reflexión acerca del tema posibilita distinguir lógicamente entre la persona que declara (fuente del conocimiento que deja llegar a la comprensión del hecho) y la declaración que la misma persona hace ante un juzgador acerca de ese hecho (medio por el cual se confirma).

Y esta diferenciación logra que el intérprete pueda ver distintas condiciones o requisitos en ambas ideas: en tanto que, por ejemplo, el testigo –como fuente– tiene que mostrar un mí-nimo de capacidad (edad, no insania, etc.), de comprensión inteligente y de conocimiento del hecho (de lo contrario, no sería fuente), su declaración debe exhibir una clara ajenidad respecto del litigio y ajustarse estrictamente al deber de decir la verdad...

Así las cosas, la confirmación de un hecho cualquiera debe ser buscada por el interesado en las siguientes posibles fuentes:

1) las personas físicas que lo conozcan y puedan declarar acerca de su existencia en el plano de la realidad social. Tales personas son las propias partes litigantes y los terceros ajenos a ellas y, por ende, no interesados en el resultado final del litigio.

Sus declaraciones son aportadas al proceso por diferentes medios, que luego se explicarán y que se distinguen según que la declaración la efectúe la propia parte litigante (confesión) o un tercero que, a su turno, puede ser simple conocedor de hechos (testimonio) o capacitado para emitir una opinión fundada acerca de alguna ciencia, técnica, industria, arte, etc. (peri-taje);

2) las personas jurídicas, (que, obviamente, no pueden declarar) respecto de las constancias que se hallan registradas en los libros que la ley les ordena llevar en debidas condiciones. La aportación confirmatoria se hace por el medio conocido como expedición de informes que, al igual que los anteriormente citados, explicaré más adelante;

3) los documentos en los cuales las partes han dejado plasmado un hecho al cual han asig-nado relevancia jurídica para lograr la eventualidad de acreditar su existencia en el futuro.

La aportación confirmatoria se efectúa por el medio conocido como documental (o instru-mental), no importando por ahora si el respectivo documento pertenece o está en poder de las partes o de terceros. Tampoco importa mucho para cierta doctrina que tales documentos sean instrumentos públicos o privados, anotaciones escritas no firmadas, fotografías o cual-quier tipo de registración similar, facsímiles, mojones, etc.: a todos les otorga el mismo tra-tamiento y, así, las leyes, resultan final y ferozmente confusas para el intérprete...;

4) los lugares, cosas o personas que pueden ser captados por los sentidos del juzgador para producirle convicción acerca de algún hecho referente a ellos.

La respectiva aportación confirmatoria es el reconocimiento que el propio juzgador debe hacer de tales personas, cosas o lugares por la vía del medio conocido como inspección ocular

Ya veremos todo ello desde otra óptica...

## Tema de la confirmación

Ya se ha visto que –en el desarrollo de la serie procesal– la etapa confirmatoria viene des-pués de la correspondiente a la de negación por el demandado (o imputado) de los hechos afirmados por el actor (o acusador).

Si ambos contendientes están de acuerdo acerca de la existencia de los hechos afirmados (es decir: no hay negación de ellos y, por tanto, no hay hechos contradictorios), se acostum-bra a decir entre los procesalistas que miran exclusivamente a la pretensión civil que no hay controversia, de modo que la cuestión es de puro derecho y, por ende, nada hay que con-firmar en el respectivo proceso. Obviamente, no puede ocurrir cosa similar cuando la pre-tensión es penal, respecto de la cual el imputado no tiene carga de contestar al ampararse sólo en su constitucional estado de inocencia.

A este supuesto de no controversia quedan legalmente equiparados en innumerables leyes procesales los casos referidos a contestación evasiva y admisión tácita de hechos por falta de negación específica. Por cierto, lógicamente quedan equiparados a los de esta especie los hechos admitidos y los hechos presumidos por la ley.

Las consecuencias de la falta de contestación de demanda y de la respuesta evasiva están previstas en CPC, 235, a.

Por lo contrario, si en la etapa pertinente hubo negación, de entre todos los hechos que en general son susceptibles de ser confirmados, en el caso concreto habrán de serlo sólo y exclusivamente los hechos controvertidos (son los hechos afirmados por una parte y nega-dos por la otra).

La causa se abre a prueba sólo si hay hechos conducentes acerca de los cuales las partes no están conformes (art. 243) y debe recaer sólo sobre hechos articulados por las partes en sus respectivos escritos (art. 247).

Puede ocurrir también a veces que, maguer no existir negación en el caso y, por ende, no haber hechos controvertidos acerca de los cuales tenga que recaer la tarea confirmatoria, el actor deba confirmarlos del mismo modo que si hubieran sido negados: esto ocurre siempre que:

a) esté comprometido el orden público (por ejemplo, en los litigios que versan acerca de cuestiones de estado de familia). Doctrinalmente, este supuesto se conoce con la denomi-nación de cuestión de demostración necesaria;

b) haya respuesta en expectativa de los defensores de ausentes, de los herederos de un cau-sante, del curador de un insano, etc., a quienes la ley autoriza a no negar hechos (que obviamente no pueden conocer por boca de sus defendidos) y permite que efectúen una negativa genérica sólo para provocar el contradictorio (art. 235, a, 2° párr.).

En ambos supuestos, la confirmación debe ser efectuada del mismo modo que si hubiera mediado negativa expresa respecto de la pretensión deducida.

De tal forma, se da la denominación de tema de confirmación a lo que la parte que afirmó un hecho negado (o de demostración necesaria) debe confirmar aquí y ahora para que su pre-tensión quede expedita al momento de ser sentenciada por el juzgador.

Sin embargo, y no obstante haber sido negados en la etapa respectiva de un proceso, hay varios tipos de hechos respecto de los cuales se acepta uniformemente en la doctrina que son insusceptibles de ser confirmados: los evidentes, los normales, los notorios, los presu-midos por la ley y los negativos.

En otras palabras, no importa al efecto si son negados o no en la respectiva etapa procesal: tales tipos de hecho están exentos de confirmación, por las razones que seguidamente se verán en cada caso.

a) Hechos evidentes

Son los conocidos por todos los integrantes de una sociedad dada y que, por ende, integran el conocimiento propio del juez producido por el diario vivir como integrante de aquella. Por ejemplo, nada hay que justificar para sostener que durante el día se tiene mejor visión que por la noche, en la cual los objetos en general se ven con mayor dificultad, o que en el invierno hace más frío que el verano (por supuesto, es tema de confirmación la alegación contraria).

Esta afirmación no contradice otra anterior: cuando referí que el juez no puede hacer valer su conocimiento personal del hecho litigioso queda obviamente excluido todo lo que el juez puede conocer y conoce como cualquier otro hombre –y todos los hombres– por el sólo he-cho de serlo.

b) Hechos normales de convivencia

En una sociedad dada, son los que conforman un nivel medio generalizado de comporta-miento entre los coasociados, que permite al juez –que también lo practica y lo observa en sus propias relaciones sociales– aceptarlo como conducta normal del grupo social.

Y es que cuando cualquier hombre observa que algo se verifica siempre de la misma manera en todos o en el mayor número de casos, aplica ese resultado de generalidad a todo supuesto acerca del cual deba emitir opinión, entendiendo que es altamente posible que ocurra en particular lo que siempre acaece en general.

Casi todos estos hechos aparecen casi siempre como presumidos por la ley: la buena fe en las relaciones humanas, la finalidad lucrativa de los actos de comercio, la capacidad de la persona adulta, etc. Pero en nada empece al concepto la circunstancia de que alguna ley no los presuma.

c) Hechos notorios

Son los conocidos y aceptados pacíficamente por muchas personas (no por todas, como el hecho evidente) en una cultura, sociedad o medio determinado. Por ejemplo, el horario de la rueda de negocios en pleito entre corredores de Bolsa; la ubicación de un hospital en pleito entre médicos que trabajan en él y relacionado con un daño allí producido; etc.

Hasta aquí parece clara la conceptuacióny la utilidad de esta clasificación fáctica, que tiene en mira el no hacer pesar sobre el incumpliente el incumplimiento de una carga confirmato-ria, posibilitando así la dispensa judicial de tal inactividad. En otras palabras: si se niega un hecho y luego no se confirma por quien lo invocó, el juez puede tenerlo por confirmado so capa de que, para las partes, es hecho notorio.

Pero el tema acerca del cual cabe reflexionar no es si el hecho notorio lo es para las partes sino si lo es para el juzgador, quien debe tenerlo o no por confirmado.

En efecto: ¿por qué debe saber un juez el horario de la rueda de la Bolsa de Comercio o la ubicación de un inmueble dentro del ejido municipal?

Si no lo sabe y, por ello, el propio juez concurre a constatar tal horario o tal dirección, se aparta de los deberes que puede ejercitar en un sistema acusatorio, siendo ilegítimo lo que haga al respecto en razón de violar con ello su propio deber de imparcialidad. Y si no hace, ¿cómo lo sabe?

Estas preguntas determinan que el tema referido a esta clase de hechos no sea pacífico en la doctrina. Hay quien opina –y creo que con razón– que han sido instituidos doctrinal y ju-risprudencialmente en el sistema inquisitivo que nos rige como un medio para evadir y su-perar el límite investigativo que fija la falta de controversia acerca de la existencia de un de-terminado hecho. De tal forma, y por la vía de la invocación a este tipo de hecho, el juez puede hacer valer su propio saber personal respecto de tema que se halla vedado para él en orden a lo debatido y confirmado en el litigio. Y esto no es jurídicamente bueno y conspira contra toda idea de imparcialidad judicial.

d) Hechos presumidos por la ley

Son los que la ley admite como ciertos, aceptando (presunción juris tantum o relativa) o no (presunción jure et de jure o absoluta) prueba en contrario.

Por ejemplo: es matrimonial el hijo nacido durante el matrimonio o hasta trescientos días después de disuelto; la concepción de un hijo se produce entre los trescientos y los ciento ochenta días anteriores al nacimiento; etc.

e) Hechos negativos:

Son los que importan la alegación de una omisión o de una calidad o cualidad negativas.

Por ejemplo,

* la afirmación de que una letra de cambio no fue presentada al cobro por su tenedor (afirmación de omisión), o
* la afirmación de que alguien no es integrante de una asociación cualquiera (negación de calidad), o
* la afirmación de que alguien no es buena persona (negación de cualidad).

Como fácilmente puede ser comprendido, el hecho negativo no admite un medio de confir-mación directo –no puede ser percibido lo que no existe– sino sólo indirecto, mediante la confirmación de un hecho positivo que descarte lógicamente al negativo (insisto: no puedo probar que soy soltero pero si que soy casado, con lo cual descarto la soltería).

Todos estos supuestos, aunque afirmados y negados en la controversia, quedan –y siempre deben quedar– exentos de toda confirmación procesal directa por parte de quien los afirmó como sustento de su pretensión.

No obstante, pueden ser confirmados indirectamente a través de la acreditación de la exis-tencia de hechos positivos que necesariamente los excluyen, cuya carga confirmatoria pue-de variar en cada caso y que generalmente pesa o debe pesar sobre la parte que lo invocó (no sobre la que lo negó).

Por ejemplo, nada puede confirmar el marido que impugna una filiación matrimonial afir-mando no haber tenido cohabitación con su mujer durante el tiempo que ley presume que se operó la concepción (hecho negativo), cosa que si es sencillo para la mujer ya que para ella es un hecho positivo.

Igualmente, nada debe confirmar quien afirma que no le fue presentada al cobro una letra de cambio porque le resulta materialmente imposible hacerlo. En cambio, bien puede acreditar tal circunstancia el tenedor, con sólo presentar testigos al efecto.

## 