

La prueba de los hechos

Michele Taruffo

Traducción de Jordi Ferrer Beltrán

E D I T O R I A L T R O T T A

Capítulo II

EL HECHO

Sumario: 1. El hecho como objeto de prueba.-2. La individualización del hecho.-2.1. La relevancia jurídica.-2.2. La identificación normativa.-2.3. Hechos y enunciados sobre hechos.-2.4. Hechos principales y hechos secundarios.-3. La identificación valorativa del hecho.-4. La identificación negativa del hecho.-5. Algunos tipos de hecho.-5.1. El hecho complejo.-5.2. El hecho colectivo.-5.3. El hecho psíquico.

1. *El hecho como objeto de prueba.*-La noción habitual de prueba de la que se ha partido¹ se fundamenta sobre la idea de que la prueba sirve para establecer la verdad de uno o más *hechos* relevantes para la decisión. Esta idea puede ser expresada de distintas formas, pero un dato común y recurrente en las diversas culturas jurídicas es que el hecho es el «objeto» de la prueba o su finalidad fundamental, en el sentido de que es lo que «es probado» en el proceso.

Ya en sus términos más genéricos, esta idea sirve para trazar algunas distinciones que no carecen de importancia en el complicado contexto del proceso: así, por ejemplo, sirve para delimitar el ámbito de lo que puede constituir objeto de actividad probatoria, ya que excluye, salvo pocas excepciones, que las pruebas puedan versar sobre normas jurídicas², dado que aquéllas tienen como objeto y finalidad a los he-

1. V., *supra*, capítulo I, 1.

2. Sobre este punto, v., en general, también para referencias bibliográficas, Verde, *Prova*. B) *Teoria generale e diritto processuale civile*, en *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, pp. 623 ss.; Patti, *Prove. Disposizioni generali*, en *Commentario del codice civile*, ed. por Scialoja y Branca, Bologna-Roma, 1987, pp. 59 ss.

chos. Así, la prueba también sirve para establecer los límites de los conocimientos «propios» que el juez puede introducir en el proceso y utilizar a los efectos de la decisión, dando por supuesto que no puede usar su propia «ciencia privada» sobre los hechos que deben ser probados en juicio³, mientras que el principio *iura novit curia* afecta únicamente a la identificación de la norma aplicable para la decisión⁴.

Sin embargo, el hecho de que la idea en cuestión sea algunas veces útil no demuestra que esté exenta de dudas y problemas; al contrario, es discutible y discutida y, por otra parte, como se verá, está dotada sólo de una fuerza alusiva. Únicamente un análisis profundo puede mostrar cuáles son los límites y las condiciones en los que puede decirse que la prueba versa sobre los hechos y pretende establecer su existencia.

Al respecto, un primer tipo de problemas surge en la medida en que el proceso constituye un contexto «jurídico», regulado por normas, que además afectan de una forma que no puede obviarse, precisamente, a las modalidades de prueba de los hechos⁵. Además, en el proceso se demuestran hechos no para satisfacer exigencias de conocimiento en estado puro, sino para resolver controversias jurídicas acerca de la existencia de derechos: esto es, no se pretende determinar el hecho en sí mismo sino en la medida en que éste es el presupuesto para la aplicación de normas en el caso concreto⁶.

3. Sobre la prohibición de recurrir a la «ciencia privada» del juez, que se sostiene que está enunciada en el artículo 115 cod. proc. civ. it., v., en la literatura reciente, Cavallone, *Crisi delle «Maximen» e disciplina dell'istruzione probatoria*, ahora en Id., *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991, pp. 292, 297 s., 311 s., 322. Sobre los momentos importantes de la evolución histórica del problema, v. Nörr, *Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozess der Frühzeit: Iudex secundum allegata non secundum conscientiam iudicat*, München, 1967. El texto clásico sobre este tema sigue siendo, en todo caso, Stein, *Das Private Wissen des Richters*, Leipzig, 1893 [tr. cast., *El conocimiento privado del juez*, a cargo de A. de la Oliva, Madrid, 1990].

4. Sobre este punto v., en particular, Grasso, *Dei poteri del giudice*, en *Commentario del Codice di Procedura Civile*, dirigido por E. Allorio, I, 2, Torino, 1972, pp. 1282 ss.; Micheli, «*Jura novit curia*», en *Riv. dir. proc.*, 1961, pp. 575 ss.; Sapienza, *Il principio «iura novit curia» ed il problema della prova delle leggi straniere*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, pp. 41 ss.; Punzi, *Jura novit curia*, Milano, 1965; Carpi, Colesanti y Taruffo, *Commentario breve al cod. proc. civ.*, Padova, 1988, pp. 198 s.

5. Cf., en particular, Varga, *On Judicial Ascertainment of Facts*, en *Ratio Juris*, 1991, p. 62, y ampliamente, *infra*, capítulo V, 2.

6. Cf. Varga, *op. cit.*, pp. 63 s.; Id., *The Non-cognitive Character of the Judicial Establishment of Facts*, ponencia presentada en el 15 World Congress on Philosophy of Law and Social Philosophy, Göttingen, 18-24 de agosto, 1991, pp. 1 ss. (del manuscrito). V., además, capítulo I, 2.2 y 4.2.

Siendo así, se intuye fácilmente que no se puede hablar del «hecho» separándolo completamente del «derecho» u olvidando sus implicaciones jurídicas. Con esto no se pretende hacer referencia aquí a toda la problemática tradicional, en muchos aspectos agotada, de las «relaciones entre el hecho y el derecho»⁷. Esa problemática surgía a menudo a partir de errores metodológicos⁸ y no tomaba en cuenta las peculiaridades de los distintos ordenamientos, buscando definiciones absolutas donde era necesario, en cambio, tomar en consideración situaciones muy diversas⁹; además, abordaba numerosas cuestiones no vinculadas con el problema de la prueba en el proceso¹⁰. Sin embargo, es necesario tener presente un factor importante: en el proceso los hechos de los que hay que establecer la verdad son identificados sobre la base de criterios jurídicos, representados esencialmente por las normas que se consideran aplicables para decidir la controversia específi-

7. Cf., para una panorámica al respecto, los ensayos recogidos en el volumen *Le fait et le droit. Études de logique juridique*, Bruxelles, 1961. V. también en la literatura más reciente, que no obstante no parece haber introducido perspectivas sustancialmente nuevas, J. Jackson, *Questions of Fact and Questions of Law*, ed. por W. Twining, ARSP, Beiheft 16, Wiesbaden, 1983, pp. 85 ss.; White, *Facts in the Law*, en *Law, Interpretation and Reality. Essays in Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence*, ed. por P. Nerhot, Dordrecht-Boston-London, 1990, pp. 11 ss.; Troper, *The Fact and the Law*, *ivi*, pp. 22 ss.; Rigaux, *The Concept of Fact in Legal Science*, *ivi*, pp. 38 ss. Entre lo más reciente cf. Mazzaresse, *Cognition and Legal Decisions. Remarks on Bulgin's view*, en *Cognition and Interpretation of Law*, ed. por L. Gianformaggio y S. Paulson, Torino, 1995, pp. 158 ss.

8. Los errores de la perspectiva tradicional derivan esencialmente de no emplear nociones precisas de lo que se entiende por «hecho» y por «derecho». La consecuencia de ello es que a menudo los respectivos discursos son genéricos, ambiguos y vacuos. Ejemplos de este tipo pueden verse en Dekkers, *Le fait et le droit. Problèmes qu'ils posent*, en *Le fait et le droit*, *cit.*, pp. 7 ss.; Hallemans, *Le juge devant la distinction du fait et du droit*, *ivi*, pp. 70 ss.; Bayart, *La distinction du fait et du droit. Le point de vue de l'avocat*, *ivi*, pp. 89 ss.

9. Así, por ejemplo, habitualmente no se toma en cuenta que la distinción *law/fact* en los ordenamientos del *common law* no opera en absoluto sobre una pretendida naturaleza intrínseca de algo, sino sobre la distinción de las atribuciones del juez y del jurado: v., por ejemplo, Friedenthal, Kane y Miller, *Civil Procedure*, St. Paul, Minn., 1985, pp. 476 ss.; Wilson, *op. cit.*, y en particular Weiner, *The Civil Jury Trial and the Law-Fact Distinction*, en *Calif. L. R.* 54, 1966, pp. 1867 ss.; Id., *The Civil Non-Jury Trial and the Law-Fact Distinction*, *ivi*, 55, 1968, pp. 1020 ss. En la literatura italiana, cf. Taruffo, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970, pp. 114 ss.

10. En realidad, la distinción era formulada principalmente con la finalidad de definir el ámbito de los poderes de la Casación y del *Conseil d'État*: v., por ejemplo, los artículos de Foriers, Ascarelli, Rivero, Buch y Roland en *Le fait et le droit*, *cit.*, pp. 51 ss., 113 ss., 149 ss., 175 ss.; también Rigaux, *op. cit.*, y Marty, *La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de Cassation sur les juges du fait*, Paris, 1929.

ca. Para usar una fórmula sintética: es el derecho el que define y determina lo que en el proceso constituye «el hecho»¹¹.

Esto no implica ni permite confusiones entre hecho y derecho, ni mucho menos autoriza a quitarle autonomía al hecho para diluirlo y anularlo en la genérica dimensión jurídica de la controversia¹². Está claro, sin embargo, que en un contexto como el que aquí se toma en cuenta, la noción de «hecho» no es elemental e intuitiva en absoluto y que es problemática su conexión con la dimensión jurídica de la controversia y de la decisión. Así pues, no es necesario discutir en términos generales la distinción hecho/derecho¹³ sino que hay que tomar en consideración las distintas modalidades con las que el hecho, destinado a constituir el objeto y la finalidad de la prueba, es identificado a través de las normas aplicables al caso específico. Se trata, en fin, de entender correctamente en qué consiste la denominada «calificación jurídica del hecho» y de qué forma condiciona la identificación del hecho del que es necesario determinar la verdad¹⁴.

Un segundo orden de problemas surge en la medida en que, en realidad, no existe una noción de «hecho» elemental y aceptable que pueda asumirse sin discusión como punto de partida. Aunque hagamos abstracción momentáneamente del problema de la calificación jurídica, basta atender a la extrema variabilidad e indeterminación de los fenómenos del mundo real para percibir fácilmente que resulta muy difícil definir de un modo no superficial qué se entiende por «hecho»¹⁵. Por otra parte, el problema de la calificación jurídica de los hechos no puede ser obviado por mucho tiempo, ya que es precisamente la dimensión jurídica del «hecho de la causa» la que permite identificarlo, distinguiéndolo y extrayéndolo de la ilimitada variabilidad e indeterminación de la realidad. Del problema de la definición del «hecho» resulta, así, rápidamente el problema de las modalidades con las que las normas jurídicas seleccionan y determinan los hechos idóneos para

11. El «hecho», por tanto, no está dado por sí mismo y autónomamente antes de que asuma relevancia jurídica. En el proceso es «hecho» lo que se define como tal en función de la norma aplicable para decidir la controversia. Cf. Varga, *On Judicial Ascertainment*, cit., p. 61; Id., *The Non-cognitive Character*, cit., pp. 2 ss.; Id., *The Mental Transformation of Fact into Case*, en ARSP LXXVII, 1991, pp. 60 s. V. también, *infra*, apartados 2.1 y 2.2.

12. No faltan tendencias de este tipo, en las que se pierden las características específicas del «hecho» y de su respectivo juicio. V., por ejemplo, Nasi, *Giudizio di fatto (dir. proc. civ.)*, en *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, pp. 967 ss. y consideraciones críticas en Taruffo, *Note in tema di giudizio di fatto*, en *Riv. dir. civ.*, 1971, I, pp. 33 ss.

13. V. referencias, *supra*, en las notas 8, 9 y 10.

14. V., *infra*, apartado 2.2.

15. V., *infra*, apartado 2.1.

producir consecuencias jurídicas. Pero sería ilusorio pensar que de este modo el problema se simplifica; al contrario, son muchas y distintas las formas en que las normas configuran sus propias premisas de hecho, de forma que no hay nada más discutible y confundente que la idea de que puede haber una definición simple y unitaria de lo que constituye un «hecho» en el ámbito del proceso. En consecuencia, no puede haber una definición simple y unitaria de lo que representa el objeto de la prueba. «Hecho», en cuanto «objeto de prueba» es, en cambio, una noción muy variable y problemática, que requiere al menos algún intento de análisis ulterior.

2. *La individualización del hecho.*—Quien se planteara en términos generales el problema de definir lo que constituye un «hecho» se encontraría frente a un problema muy complejo. Puestos a identificar de forma genérica y aproximada la situación o la «porción de experiencia» que nos ocupa, el problema surge cuando se pretende definir analíticamente esta situación y el «hecho» o los «hechos» que la componen. En efecto, ninguna proposición descriptiva es apta *a priori* para captar y agotar el «hecho» y ni siquiera se puede sostener que éste pueda ser descrito *completamente* por una serie, incluso extensa, de proposiciones.

Resulta intuitivo, en efecto, que cualquier situación fáctica puede ser sometida a un proceso de descomposición¹⁶ en dos direcciones: cualitativa y cuantitativa. Se está ante una descomposición cualitativa cuando se individualizan aspectos distintos de la situación en cuestión: así, por ejemplo, describiendo un accidente de circulación se pueden distinguir sucesivamente diversos «pedazos» de la situación: el tipo de coche, la velocidad, la marca, el color, la altura del conductor, el color de su corbata, etc. No es necesario destacar que esta descomposición o multiplicación aumenta si se toman en consideración más puntos de vista, es decir, descripciones de la misma situación de hecho ofrecidas por sujetos distintos o desde perspectivas diversas¹⁷. Por descomposi-

16. Sobre esta descomposición, cf., en general, Toraldo di Francia, *Lo statuto ontologico degli oggetti nella fisica moderna*, en *Livelli di realtà*, a cargo de M. Piattelli Palmarini, Milano, 1987, pp. 296 ss.; análogamente, Id., *Le cose e i loro nomi*, Bari, 1986, p. 21. Sobre el problema de los niveles de realidad y de sus respectivas consecuencias en términos de metodología del conocimiento v. también Villa, *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali. Modelli e analogie*, Milano, 1984, pp. 35 ss.

17. Es lo que los científicos denominan *rototraslación* para indicar la serie de operaciones mediante las que el mismo objeto es observado desde distintos puntos de vista: cf. Toraldo di Francia, *Lo statuto ontologico*, cit., p. 299; Id., *Le cose e i loro nomi*, cit., pp. 27 s. También fuera del contexto científico se reconoce habitualmente la posibilidad

ción cuantitativa se puede entender el procedimiento mediante el que, dada una cierta circunstancia, ésta es analizada en detalles cada vez más precisos: así, por ejemplo, la dinámica de un automóvil puede descomponerse pensando únicamente en el funcionamiento del motor, después en el de cada pieza de aquél, después en su composición, más tarde en su estructura molecular, y así sucesivamente, profundizando cada vez más en el nivel de análisis de aquella circunstancia¹⁸.

Es suficiente imaginar la aplicación conjunta de estos dos procedimientos, y observar que no tienen límite teórico alguno, para darse cuenta de que no existe y no es conjeturable ninguna descripción adecuada en abstracto de la situación de hecho y, ni siquiera, de las circunstancias concretas que la componen; en cambio, es conjeturable un número infinito de proposiciones descriptivas, todas ellas susceptibles de ser referidas sensatamente a esa situación¹⁹. La idea de sentido común según la cual de todo hecho existe una descripción «objetiva» y apropiada parece, pues, evidentemente inaceptable, no sobre la base de aproximaciones subjetivistas, sino porque los niveles de análisis de la misma situación pueden ser muy distintos (en teoría: ilimitadamente).

Sobre esta base teórica se sitúa la praxis, en la que según las circunstancias y las necesidades se usan descripciones dotadas de niveles de precisión extremadamente distintos y, a menudo, de forma que no pueden ser ni siquiera comparados entre sí²⁰. Algunas veces, por ejemplo, se considera suficiente establecer de forma aproximada la velocidad de un vehículo, mientras que otras se nos sitúa al nivel del análisis del código genético de un individuo; algunas veces es suficiente esta-

de que se puedan dar distintas versiones, en número teóricamente ilimitado, de los mismos hechos y que todas esas versiones, o algunas de ellas, tengan pretensiones de verdad: v. al respecto Goodman, *Maneras de hacer mundos*, tr. cast. a cargo de C. Thiebaut, Madrid, 1990, pp. 130 ss. y 150 ss. Cf. además Varga, *The Fact and Its Approach in Philosophy and in Law*, en *Law and Semiotics*, vol. 3, ed. por R. Kelson, New York-London, 1989, p. 364; Id., *The Mental Transformation*, cit., pp. 61, 62 s.

18. Obviamente, también esta descomposición puede ser el resultado de la observación realizada por sujetos distintos, cada uno de los cuales capta el objeto a niveles diferentes. Se trata de una de las «maneras de fabricar mundos» de las que habla Goodman, *op. cit.*, pp. 25 ss.

19. Por razones de simplicidad se omite el análisis del problema de la reconducibilidad de distintas descripciones al mismo objeto (v. al respecto Toraldo di Francia, *Lo statuto ontologico*, cit., pp. 298 ss.). En todo caso, ese problema sólo puede encauzarse hacia una solución en el marco de opciones epistemológicas generalísimas o de aproximaciones metafísicas. Goodman advierte, en efecto, que frente a este problema el monista piensa en distintas versiones del mismo hecho, mientras que el pluralista piensa en hechos o en mundos distintos (*op. cit.*, pp. 132 ss.).

20. Sobre el problema de los niveles de precisión en el análisis de la realidad, cf. Toraldo di Francia, *Le cose e i loro nomi*, cit., pp. 62 ss., 117 ss., 204.

blecer que ese vehículo es un automóvil, mientras que otras es necesario el análisis químico-físico de los materiales. Como es obvio, los ejemplos podrían ser muchísimos y no hace falta ofrecer otros más para subrayar que una variable importantísima es, precisamente, el grado de precisión que se emplea en la determinación de un hecho. Habitualmente este grado de precisión no es identificado aleatoriamente, sino en función de lo que se sostiene necesario y/o suficiente en la situación concreta en la que se discute acerca de ese hecho²¹.

En otros términos, el carácter teóricamente infinito de las posibles descripciones y el problema conexo del nivel de descripción adecuado del hecho se resuelven sobre la base de elecciones dictadas por el contexto práctico en el que se sitúa la necesidad de describir ese hecho. De ello se deriva que la solución concreta puede ser distinta, aun cuando se trate de la misma situación, en función de contextos distintos que requieran la individualización de distintas «secciones de la realidad» o distintos niveles de precisión²².

Si estas consideraciones se trasladan al ámbito de la definición del hecho como objeto de la prueba en juicio, tienen implicaciones importantes.

Ante todo, no existe descripción alguna del hecho que pueda considerarse adecuada *a priori*; al contrario, son posibles distintas descripciones de la misma situación y de los múltiples aspectos en los que puede ser descompuesta²³. El problema es, entonces, comprender cómo puede ser identificado el «hecho» que constituye el objeto de la prueba, en función del contexto que determina la descripción (el tipo de descripción) apropiada de ese hecho.

En el ámbito del proceso, el contexto en función del cual se determina cuál es la descripción apropiada del hecho y, por tanto, cómo se define el objeto de la prueba, es el de la decisión. La hipótesis que se asume aquí es, en efecto, que la determinación del hecho se sitúa en el interior de la decisión judicial y que la prueba está dirigida a la determinación del hecho²⁴. De esta hipótesis se deriva que el objeto apro-

21. Sobre la naturaleza convencional de la elección del nivel de precisión cf., una vez más, Toraldo di Francia, *op. ult. cit.*, p. 63.

22. Hay que destacar que en las distintas situaciones concretas operan también criterios de elección distintos, entre los que están los de *utilidad* de la descripción del hecho: cf. Goodman, *op. cit.*, pp. 163 ss.

23. Esto es lo que sucede, en concreto, en el curso del proceso, donde las partes pueden ofrecer versiones distintas del mismo hecho y los testigos destacan aspectos distintos del mismo. Al respecto, v., en particular, Varga, *The Non-cognitive Character*, cit., pp. 3 ss.

24. V., *supra*, capítulo I, 1 y 5.

piado de la prueba es el hecho que debe ser determinado, es decir, el hecho que es objeto de decisión.

La individualización del contexto de la decisión como esquema de referencia en función del cual se define el hecho como objeto de la prueba permite determinar dos perspectivas de definición del hecho, distintas pero convergentes —precisamente— hacia la individualización de lo que constituye el objeto de la prueba.

La primera perspectiva está referida directamente al contexto de la decisión, en el sentido de que obtiene de él las coordenadas que definen *teóricamente* el objeto de la prueba.

La segunda perspectiva está referida a las modalidades mediante las que el objeto de la prueba es *concretamente* individualizado y fijado en el proceso en referencia al concreto supuesto de hecho controvertido. Desde esta perspectiva, el contexto de referencia es *también* la decisión específica que deberá ser tomada por el juez, pero es *sobre todo* el procedimiento que concluye con la decisión y que comprende la deducción, la admisión y la asunción de las pruebas.

Está claro que estas dos perspectivas, o estos dos contextos, son distintos pero complementarios, dado que el procedimiento está destinado a producir la decisión y que ésta está condicionada y modelada de diversas maneras por el procedimiento de la que es el resultado. Cada una de esas perspectivas, no obstante, plantea distintos y complejos problemas que resulta oportuno analizar por separado, aunque sea para asegurar un mínimo de claridad en el discurso.

Por el momento, pues, se puede tomar en consideración la primera perspectiva, que está referida al contexto de la decisión, en la medida en que ésta es significativa para el análisis teórico del hecho como posible objeto de prueba; mientras que la segunda, que está referida al contexto del proceso y de la determinación concreta del objeto de la prueba, será examinada más adelante, al estudiar la dimensión procedimental del fenómeno probatorio.

2.1. *La relevancia jurídica.*—Determinar el hecho en el contexto de la decisión significa esencialmente definir cuál es el hecho «concreto» o «histórico» al que se aplica la norma idónea para decidir el caso²⁵ o bien, pero no es lo mismo, establecer cuál es el hecho controvertido para después decidir cuál es la norma que debe serle aplicada²⁶.

25. Sobre la inserción del hecho en la norma y en el contexto de la decisión, v., *supra*, capítulo I, 4.2.

26. Es el problema, no especialmente examinado en la doctrina italiana pero agudamente discutido en la alemana, de la individualización del «caso» sometido a la decisión,

En la óptica tradicional de la concepción silogística de la decisión judicial, esta operación no parecía suscitar especiales problemas. Una vez supuesto que la premisa mayor del silogismo judicial está constituida por una norma formulada de modo que atribuya determinadas consecuencias jurídicas a una clase de hechos, la individualización de la premisa menor consiste simplemente en establecer un hecho concreto que pertenezca a esa clase²⁷. Sobre la base de esta correspondencia o, mejor dicho, de esta pertenencia de lo particular a lo general, se sostenía que resultaba fácilmente la individualización del hecho sobre el que vertía la decisión y, por tanto, también la definición del objeto de la prueba.

Esta forma de pensar tenía la peculiaridad de poner en evidencia un aspecto importante del problema, pero lo hacía de forma equivocada.

El aspecto importante consiste en establecer que, en la decisión, todos los hechos que se deben determinar, y sólo ellos, son aquellos a los que se aplica la norma usada como criterio jurídico de decisión. Se trata del concepto de *relevancia jurídica* del hecho, conocido también por los juristas con otras expresiones sinónimas (hecho jurídico, hecho constitutivo, hecho principal, etc.)²⁸. El objeto de la decisión es el hecho que la norma define y califica como relevante, es decir, como punto de referencia de los efectos que la norma misma prevé. Es la norma, en otros términos, la que funciona como criterio de selección, en el sentido de individualizar entre los infinitos sucesos del mundo real aquellos que asumen relevancia específica para su aplicación²⁹. Si, y

sobre el que puede verse Hruschka, *Die Konstitution des Rechtsfalles. Studien zum Verhältnis von Tatsachenfeststellung und Rechtsanwendung*, Berlin, 1965. Acerca de la individualización del «caso» como contexto de circunstancias de hecho individualizadas y seleccionadas sobre la base de la norma que se conjetura aplicable, v., también, Varga, *The Mental Transformation*, cit., pp. 61 ss.

27. Entre los análisis críticos de esta concepción cf., en particular para lo que aquí interesa, Engisch, *Logisch Studien zur Gesetzesanwendung* 2 Aufl., Heidelberg, 1960, pp. 19 ss.; Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin-Heidelberg-New York, 1979, pp. 262 ss. [tr. cast., *Metodología de la ciencia del derecho*, a cargo de M. Rodríguez Molinero, Barcelona, 1980, pp. 272 ss.]; Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt am Main, 1972, pp. 31 ss., 48 ss., 106 ss.; Nerhot, *The Law and its Reality*, en *Law, Interpretation and Reality*, cit., pp. 50 ss.

28. No es éste el lugar de analizar detalladamente los problemas relativos a la definición dogmática de esos conceptos; para ello y para amplias referencias bibliográficas v., en la doctrina italiana, Cataudella, *Fattispecie e fatto. I. Fattispecie*, en *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, pp. 926 ss.; Falzea, *Fattispecie e fatto. II. Fatto giuridico*, *ivi*, pp. 941 ss.; Maiorca, *Fatto giuridico-fattispecie*, en *Noviss. Dig. It.*, VII, Torino, 1961, pp. 111 ss.

29. Cf., entre otros muchos, Hruschka, *op. cit.*, pp. 20 ss., 41 ss.; Engisch, *op. cit.*, pp. 22 ss., 37 ss., 83 ss.; Larenz, *op. cit.*, pp. 266 ss. [tr. cast., *op. cit.*, pp. 275 ss.]; Nerhot, *op. cit.*, pp. 52 ss., 58 ss.; Jackson, *Questions of Fact*, cit., pp. 87 ss. En la doc-

sólo si, en la concreta situación planteada en juicio, este criterio funciona con resultados positivos, entonces la norma es aplicable a ese hecho y éste es objeto de la decisión y, por tanto, objeto de prueba.

Son numerosas las razones que hacen que la forma silogística de representar la determinación de la relevancia jurídica del hecho sea muy discutible. Algunas de ellas (que no pueden ser aquí analizadas detenidamente) se remontan a los distintos motivos por los que, desde tiempo atrás, incluso en el ámbito de concepciones racionalistas del razonamiento del juez, se considera inadecuado el esquema silogístico o se reduce drásticamente su función y su capacidad representativa³⁰. Otras razones pueden ser mencionadas aquí en la medida en que afectan directamente al problema en cuestión. Se trata esencialmente de constatar que la concepción silogística da por descontado aquello que sería necesario explicar, es decir, la identificación del significado de la norma concreta respecto de la definición del supuesto de hecho abstracto y la calificación jurídica del hecho concreto que permita establecer si éste entra o no en el campo de aplicación de aquella norma. En otros términos, si el razonamiento silogístico funciona, lo hace en la medida en que se establezcan premisas adecuadas, de hecho y de derecho, entre las que se dé la correlación lógica que funda la deducción silogística. Pero el verdadero problema, respecto del cual el esquema silogístico no ofrece respuesta alguna, es el de la fijación de las premisas, es decir, la interpretación de la norma, por un lado, y la determinación del hecho, por el otro³¹. Es necesario, además, tomar en cuenta el hecho de que, como ya se ha dicho, ninguna determinación adecuada del hecho está dada *a priori*, del mismo modo que *a priori* no hay un significado que sea «propio» de la norma³².

trina italiana v., también para otras referencias bibliográficas, Taruffo, *Studi*, cit., pp. 23 ss. Entre lo más reciente cf. Varga, *On Judicial Ascertainment*, cit., pp. 64 ss.; Id., *The Mental Transformation*, cit., pp. 60 ss., 65 ss.; Id., *The Non-cognitive Character*, cit., pp. 6, 8. La función de la relevancia jurídica como criterio de selección de los hechos parece evidente incluso desde la perspectiva del análisis psicológico de la decisión: cf. Catelani, *Il giudice esperto. Psicologia cognitiva e ragionamento giudiziario*, Bologna, 1992, p. 216.

30. En la literatura reciente cf., por ejemplo, B. Jackson, *Law, Fact and Narrative Coherence*, Merseyside, 1988, pp. 37 ss.; Gianformaggio, *Se la logica si applichi alle norme. In cerca del senso di una questione*, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1986, pp. 473 ss., y en particular Wróblewski, *Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision*, en *Rechtstheorie* 1, 1974, pp. 33 ss.

31. Cf. Larenz, *op. cit.*, pp. 257 ss. [tr. cast., *op. cit.*, pp. 267 ss.]; Esser, *op. cit.*, pp. 53 ss.; Wilson, *op. cit.*; J. Jackson, *Questions of Fact*, cit.

32. Cf., en particular, en la doctrina más reciente, Varga, *On Judicial Ascertainment*, cit., pp. 61, 68; Id., *The Non-cognitive Character*, cit., pp. 2 ss. Esta última afirmación implica una elección precisa, pero muy problemática y discutible, en el plano de la

La individualización del hecho jurídicamente relevante está evidentemente dentro de la «preparación de las premisas» de la decisión y no deriva de un simple juego deductivo sino de una compleja operación que lleva a la «construcción del caso», es decir, a la individualización del hecho que constituye el objeto específico de la decisión³³. Esta operación versa sobre la conexión entre norma y hecho, pero no en el sentido de limitarse a constatar una correspondencia (que en realidad no existe de por sí), sino en el sentido de pretender *constituir* una correspondencia entre hecho y norma que permita decir que esa norma, en uno de sus significados resultantes de la interpretación, califica jurídicamente ese hecho, que es relevante respecto a esa norma y que fundamentará la decisión en la medida en que resulte probado en juicio.

La actividad mediante la que se instituye la correspondencia entre hecho y norma a los efectos de la decisión y se identifica el hecho jurídicamente relevante escapa al esquema silogístico³⁴, que no está bien fundado pero sigue inspirando el «sentido común» de los juristas. Esa actividad escapa también a los análisis que se concentran sobre la lógica de las normas y del razonamiento sobre normas, que —como sucede a menudo— olvidan tomar en cuenta que habitualmente las normas se aplican a hechos que es necesario identificar y definir para saber si se aplica, y cuándo se aplica, una norma.

En cambio, una contribución de gran importancia al análisis del problema que aquí nos interesa proviene del filón metodológico hoy dominante en Alemania, pero que no carece de manifestaciones también en Italia, que parte de los *Logische Studien zur Gesetzesanwen-*

teoría general de la interpretación. Esta elección no puede ser aquí analíticamente justificada, dado que requeriría una larga digresión que no es relevante a los efectos del discurso que se está desarrollando. Baste, pues, una justificación «por remisión» a la doctrina de la interpretación que fundamenta esta elección y, en particular, a Tarello (cf. *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, pp. 61 ss.; Id., *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, 1974, pp. 347 ss., 389 ss.) y a Guastini (cf. Id., en Castignone, Guastini y Tarello, *Introduzione teorica allo studio del diritto*, Genova, 1989, pp. 34 ss., 234 ss.). Cf. también Wróblewski, *Problems related to the one right answer thesis*, en *Ratio Juris* 3, 1989, pp. 240 ss.

33. Cf., especialmente, Larenz, *op. cit.*, pp. 262 ss. [tr. cast., *op. cit.*, pp. 272 ss.]; Hruschka, *op. cit.*, pp. 11 ss., 52 ss., 70 ss., pero v. también Eberle, *Zur Rhetorik des zivilprozessualen Beweises*, Frankfurt a. M.-Bern-New York-Paris, 1989, pp. 76 ss.; Kaufmann, *Preliminary Remarks on a Legal Logic and Ontology of Relations in Law*, en *Law, Interpretation and Reality*, cit., pp. 111 ss., 114.

34. Cf., en particular, Grace y Teschner, *Semiotic Contrast between Trial and Discovery*, en *Law and Semiotics*, vol. 3, ed. por R. Kevelson, New York-London, 1989, pp. 127, 141 ss. Desde el punto de vista heurístico de esta actividad v., además, Varga, *The Non-cognitive Character*, cit., p. 4.

dung de Engisch pero utiliza especialmente la perspectiva y los conceptos de la hermenéutica. Más allá de la posible discusión sobre los fundamentos generales de la hermenéutica, y de la versión gadameriana en particular³⁵, no se puede desconocer que la epistemología jurídica de orientación hermenéutica ha situado como objeto privilegiado de investigación precisamente a la formulación de las premisas de la decisión, llegando a ofrecer análisis refinados y aceptables del aspecto decisivo del razonamiento del juez.

En realidad, el análisis de la llamada «subsunción» del hecho en la norma, de forma mucho más detallada de cuanto se realiza habitualmente en la doctrina que se ocupa de estos problemas, se remonta principalmente a Engisch, especialmente desde una perspectiva que pretende captar la interrelación dinámica entre hecho y norma, que se implementa en la «formación» de la decisión³⁶. De hecho, es suya la famosa metáfora del «Hin- und Herwandern des Blickes zwischen Obersatz und Lebenssachverhalt»³⁷, que abre el camino al estudio de la relación entre hecho y norma, en el ámbito del procedimiento decisivo, como relación de progresivo acercamiento entre la definición del hecho y la interpretación «concretizadora» de la norma, en particular por lo que se refiere a la definición del supuesto de hecho³⁸.

Esta concepción dinámica de la relación norma/hecho que se instaura en materia de decisión se convierte en la base de la tendencia más difundida en la doctrina alemana, como confirma, por ejemplo, la *Methodenlehre* de Larenz³⁹, y encuentra ulteriores desarrollos en el ámbito de la doctrina hermenéutica. En realidad, conceptos como el «círculo» o la «espiral hermenéutica» tienen una especial utilidad para hacer entender cómo los «hechos brutos» (*Tatsache*) adquieren significado jurídico y son jurídicamente calificados (convirtiéndose así en

35. Sobre estos aspectos, que no pueden ser estudiados con profundidad aquí, v., en particular, los ensayos de Zaccaria recogidos en el volumen *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Padova, 1990.

36. Cf. Id., *op. cit.*, pp. 22 ss.

37. *Op. ult. cit.*, p. 15.

38. Sobre la calificación jurídica del hecho como *Annäherung* entre el supuesto de hecho abstracto y el supuesto de hecho concreto v., en particular, Hassemer, *Tatbestand und Typus*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1967, p. 1899, 118. De *Koinzidenzprinzip* habla Rödig, *Die Theorie der gerichtlichen Erkenntnisverfahren*, Berlin-Heidelberg-New York, 1973, pp. 178 ss. Sobre la dinámica de esta operación v., además, Engisch, *op. cit.*, pp. 10 ss., 23 ss.; Eberle, *op. cit.*, pp. 73 ss.; Baratta, *Ueber Juristenrecht*, en *Dimensionen der Hermeneutik*, Arthur Kaufmann zum 60. Geburtstag, ed. de W. Hassemer, Heidelberg, 1984, pp. 57 ss. v. también Taruffo, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, pp. 248 ss.

39. Cf., en particular, pp. 262 ss. [tr. cast., pp. 272 ss.].

Sachverhalt) haciendo únicamente referencia a la *abstrakte Tatbestand* definida por la norma⁴⁰; ésta, a su vez, puede ser seleccionada para regular el caso e interpretada a los efectos de la concreta aplicación judicial únicamente sobre la base de, y en la línea representada por, los hechos que identifican al caso a decidir⁴¹. La «construcción del caso», para usar la expresión de Hruschka, es, pues, una operación compleja en la que el juez formula problemas y busca respuestas, procediendo por grados, por hipótesis y control del análisis de los hechos, de las normas y de sus posibles conexiones⁴². El problema fundamental resulta, entonces, el de las elecciones que el juez debe formular para fundar las premisas de la decisión: elecciones complejas, cambiantes e interrelacionadas que afectan a la individualización de la norma aplicable y de su significado, que opera como regla de solución de la controversia, pero también a la determinación de los hechos jurídicamente relevantes que individualizan la controversia⁴³.

Es cierto que, como subraya Zaccaria, esta perspectiva encuentra su limitación fundamental en su referencia a la imagen ideal del juez y de la formación de las premisas de la decisión más que a la forma en que ésta se produce en la experiencia concreta del proceso⁴⁴. Ésta es, sin embargo, una perspectiva importante, especialmente si se toman en

40. Cf. Zaccaria, *op. cit.*, pp. 54, 98 ss. En particular, sobre el «círculo» y sobre la «espiral» hermenéutica, cf. Larenz, *op. cit.*, p. 183 [tr. cast., *op. cit.*, pp. 194 s.]; Hassemer, *op. cit.*, p. 107; Zaccaria, *op. cit.*, p. 55; Baratta, *op. cit.*, p. 60. Se trata, por otra parte, de un concepto que los juristas toman, adaptándolo al problema de la interpretación de las normas, de la teoría general de la hermenéutica: v., en efecto, esencialmente Gadamer, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, Tübingen, 1960, pp. 250 ss. [tr. cast., *Verdad y método: fundamentos de una hermenéutica filosófica*, a cargo de A. Agud y R. de Agapito, Salamanca, 1991, pp. 331 ss.] (y pp. 307 ss. —tr. cast., pp. 396 ss. — para el análisis del problema «ejemplar» de la hermenéutica jurídica), también Hoy, *The Critical Circle: Literature, History, and Philosophical Hermeneutics*, Berkeley-Los Angeles-London, 1978, pp. 41 ss., 107 ss., 117 ss., 141 ss., 166 ss. Sobre las relaciones entre hermenéutica filosófica y literaria y hermenéutica jurídica, cf. además Gadamer, *op. cit.*, pp. 307 ss. [tr. cast., *op. cit.*, pp. 396 ss.], Neumann, *Zur Verhältnis von philosophischer und juristischer Hermeneutik*, en *Dimensionen der Hermeneutik*, cit., pp. 49 ss.; Müller y Dietz, *Zur literarischen und juristischen Hermeneutik*, *ivi*, pp. 157 ss.

41. Sobre las relaciones entre el concepto de *Tatbestand* y los de «supuesto de hecho» y «hecho jurídico» cf. Cataudella, *op. cit.*, p. 926; Maiorca, *op. cit.*, p. 113.

42. Cf., en particular, Hruschka, *op. cit.*, pp. 20 ss., 30 ss., 58 ss.

43. Sobre el problema de las elecciones en el ámbito de posibilidades de decisión que se crean sobre el caso a resolver v., especialmente, Larenz, *op. cit.*, pp. 279 ss. [tr. cast., *op. cit.*, pp. 289 ss.]; Hruschka, *op. cit.*, pp. 20 ss., 30 ss., 46 ss., 53 ss.; Taruffo, *op. ult. cit.*, pp. 252 ss.; Makkonen, *Zur Problematik der juristischen Entscheidung. Eine strukturanalytische Studie*, tr. al., Turku, 1965, pp. 95 ss., 207 ss. y *passim*.

44. Cf. Zaccaria, *op. cit.*, p. 68.

cuenta los lugares comunes habituales en la cultura jurídica sobre los problemas que aquí se están considerando, en la medida en que pone en evidencia algunos aspectos fundamentales de la determinación de los hechos destinados a constituir el objeto de la prueba. De ella se obtiene, ante todo, la demostración analítica de la forma en que la «porción de realidad» que importa en el proceso es «recortada» a partir de la complejidad indeterminada del hecho histórico. Este recorte se realiza sobre la base de la relevancia jurídica de los hechos, identificada en función de la norma que se usa como regla de la decisión del caso. Se trata, pues, de una definición que resulta de un juicio (un conjunto de elecciones) formulado *ad hoc* sobre la base de la controversia concreta, pero no por ello subjetivo o irracional. Esto es así porque el baremo de juicio es en todo caso la norma, que es identificada en el caso concreto pero sigue siendo un criterio de decisión de orden general. Es sobre esta base como los problemas generales mencionados más arriba encuentran su solución específica, en cada caso concreto de forma distinta según el tipo de *Rechtsfall* que se identifique: así, por ejemplo, los problemas de la elección cualitativa de las circunstancias, de la determinación del «nivel de realidad» sobre el que se plantee el problema de la prueba y del grado de especificidad que deba tener la determinación del hecho en función del tipo de decisión que el juez deba tomar.

A partir de aquí, se subraya que, en realidad, la determinación del hecho que identifica la base de la controversia es el fruto de elecciones que a menudo contienen elementos valorativos, dado que acostumbra a ser valorativa la interpretación de la norma que permite individualizar el criterio de relevancia jurídica de los hechos⁴⁵.

Se obtiene, además, que la identificación del hecho es siempre relativa y es, en general, el resultado de un procedimiento de hipótesis/control que puede ser muy complejo hasta que el juez alcance a establecer qué hechos específicos deben ser determinados, en la medida en que son relevantes a la luz de la norma que constituirá el criterio de decisión.

La función esencial que desarrolla la referencia a la norma aplicable en la definición del «hecho relevante» debe ser, sin embargo,

45. Sobre el rol de los juicios de valor en el proceso de interpretación de la norma v., en general, Larenz, *op. cit.*, pp. 192 ss., 222 ss. y especialmente pp. 273 ss. [tr. cast., *op. cit.*, pp. 203 ss., 231 ss. y especialmente pp. 283 ss.] en lo que se refiere a la individualización del hecho.

Sobre la determinación valorativa del hecho por parte de la norma y sobre las consecuencias que de ello se derivan, v. *infra*, apartado 3.

correctamente entendida para evitar confusiones que surgen a menudo —a causa de una definición poco clara de las relaciones entre hecho y derecho— a propósito de los problemas que aquí se están considerando.

La referencia a la norma y al supuesto de hecho sirve, como ya se ha dicho, para establecer qué circunstancias de hecho son jurídicamente relevantes en el caso concreto y, por tanto, para establecer qué hechos deben ser determinados a los efectos de la decisión. Esa referencia sirve, pues, para establecer cuál es el objeto del juicio de hecho, esto es, qué hechos son los que constituyen (= deberían constituir) el objeto de las pruebas a producir en ese proceso. Ésta es la finalidad específica de la referencia a la norma aplicable al caso, pero también el límite de esa referencia, es decir, el punto más allá del cual la norma aplicable ya no determina el juicio de hecho.

En otros términos: una cosa es establecer, sobre la base del criterio de relevancia jurídica derivado de la norma por hipótesis aplicable, cuáles son los hechos relevantes que deberían ser determinados y otra, en cambio, establecer cómo (es decir, con qué medios y según qué resultados cognoscitivos) esos hechos deben o pueden ser determinados. El primer problema afecta a la definición del objeto de la instrucción probatoria; el segundo afecta a la metodología y a los resultados de la determinación probatoria de los hechos. Evidentemente, se trata de problemas vinculados y en cierto modo complementarios, pero, en cualquier caso, de problemas *distintos*.

En resumen, únicamente el primer problema supone la interpretación de la norma, mientras que el segundo afecta al conocimiento del hecho: debe tratarse del hecho jurídicamente relevante (y no de un hecho irrelevante desde el punto de vista de la norma aplicable), pero, en todo caso, siempre se tratará de establecer la existencia de un *hecho*⁴⁶.

46. Para una clara formulación de esta distinción cf. Larenz, *op. cit.*, pp. 294 ss. [tr. cast., *op. cit.*, pp. 303 ss.] y también Engisch, *op. cit.*, pp. 83 ss., y Hruschka, *op. cit.*, pp. 10, 14 ss., 24 ss. En cambio, a veces sucede que, para subrayar la incidencia de las normas sobre la individualización de los hechos, se reduce todo el problema únicamente a la dimensión normativa, perdiendo de vista la circunstancia de que se trata, en todo caso, de hechos y de su existencia. En este sentido, v., por ejemplo, White, *op. cit.*, y las críticas al respecto de Summers, *Comments on Alan White's «Facts in Law»*, en *Facts in Law*, cit., 120 ss. Esta reducción del problema del hecho a la dimensión normativa de la calificación jurídica está presente también en Varga, *The Non-cognitive Character*, cit., pp. 5 ss., 8 ss.; Id., *On Judicial Ascertainment*, cit., p. 64, como consecuencia del esfuerzo por poner en evidencia que el hecho se define en función de la norma. Está claro, sin embargo, que se trata de reducciones infundadas, dado que no puede eliminarse de ningún modo la dimensión «cognitiva» de la determinación del hecho sobre la base de las pruebas.

Esta distinción es —o, al menos, debería ser— obvia en sus términos generales, lo que resulta confirmado por el hecho de que es utilizada incluso en el ámbito de la línea teórica anteriormente mencionada⁴⁷ y que se caracteriza precisamente por apoyarse en la interrelación hecho/norma.

En todo caso, esa distinción es un instrumento para resolver problemas, no la solución misma de problema alguno. En realidad, la individualización del «hecho a probar» es a menudo dudosa y complicada, esencialmente por dos razones: por la forma en que las normas configuran los supuestos de hecho a los que se vinculan efectos jurídicos y porque, en cualquier caso, los hechos a probar tienen habitualmente características suficientemente distintas como para volver inaceptable cualquier forma de *reductio ad unum*.

Así pues, resulta confirmada la extrema complejidad y relatividad de la noción de «hecho» como objeto de prueba. El concepto de relevancia jurídica del hecho, entendido de forma dinámica en la medida en que se sitúa en el desarrollo de la actividad de elección y de interpretación de la norma aplicable al supuesto de hecho, constituye, sin embargo, un punto de referencia importante, ya que permite entender cómo se define en el caso concreto «el horizonte de decisión» sobre el hecho⁴⁸.

Cómo definir la relevancia jurídica del hecho, precisamente a los efectos de individualizar el hecho que debe ser objeto de decisión, es, sin embargo, una operación nada sencilla. En efecto, no sólo supone las operaciones hermenéuticas que han sido apenas mencionadas, sino que implica también delicadas y complejas operaciones lingüísticas de paso y traducción entre lenguajes distintos⁴⁹, que además asumen configuraciones muy distintas en función de los contextos culturales, además de institucionales y procesales, en que se sitúan⁵⁰. El concepto de relevancia jurídica, entendido en sentido dinámico, es, pues, importante pero no resolutivo: es un punto de partida más bien que un punto de llegada en la comprensión de los problemas que afectan a la deter-

47. Cf. Zaccaria, *op. cit.*, p. 52.

48. Cf. Hruschka, *op. cit.*, pp. 30 ss.

49. V., en particular, Grace y Teschner, *op. cit.*, pp. 127 ss., 141 ss., que analizan de forma específica la relación hecho/norma como relación de *encoding/decoding* entre dos sistemas lingüísticos constituidos por el lenguaje ordinario y el lenguaje jurídico. Sobre la relevancia del aspecto lingüístico de la relación hecho/norma v., también, desde la perspectiva hermenéutica, Esser, *op. cit.*, pp. 32 ss., 50 ss., 106 ss., además de J. Jackson, *Questions of Fact*, cit., pp. 92 ss.; Ockelton, *Comments on John Jackson's «Questions of Fact and Questions of Law»*, in *Facts in Law*, cit., pp. 103 ss.

50. V., en particular, Varga, *op. cit.*, pp. 364, 371; Ockelton, *op. cit.*, pp. 102 ss.

minación de los «hechos». De ahí la necesidad de profundizar el análisis esencialmente en dos direcciones: la de la definición normativa de los hechos y la de su tipología en función de la forma en que las normas se ocupan de ellos.

2.2. *La identificación normativa.*—Dado que el supuesto de hecho (la *abstrakte Tatbestand*) definido por la norma por hipótesis aplicable al caso concreto funciona como criterio para seleccionar —entre la indiferenciada variedad de lo real y de los puntos de vista desde los que puede ser percibido— qué hechos (o qué versiones de qué hechos) son relevantes para la decisión, resulta que a los efectos de establecer cuáles son esos hechos es ante todo decisivo un conjunto de factores referidos a la forma en que las normas se ocupan de los hechos que califican como jurídicamente relevantes. En cierto sentido, el hecho (relevante) es aquello que es definido como tal por la norma aplicable: es el supuesto de hecho definido por la norma el que selecciona el hecho concreto al que la norma podrá ser aplicada⁵¹.

Sin embargo, con esto no se simplifica el problema de la determinación del hecho a probar sino que se complica notablemente, dado que no está claro en absoluto cómo las normas individualizan los hechos que califican como jurídicamente relevantes, ni qué consecuencias se derivan de ello para la definición de lo que constituye el objeto de la prueba.

Un problema general muy controvertido afecta, precisamente, a la posibilidad de afirmar que las normas «describen» hechos. Por un lado, siguiendo la conocida distinción de Hare entre «frástico» y «néustico» en el ámbito de los enunciados normativos, hay quien sostiene que en las normas hay un aspecto «descriptivo» (el «frástico») en el que la norma describe el hecho al que se vinculan consecuencias jurídicas⁵². Por ejemplo, en la doctrina italiana Scarpelli ha utilizado la distinción

51. Cf., por ejemplo, Aarnio, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht-Boston-Lancaster-Tokio, 1987, pp. 10, 63 ss. [tr. cast., *Lo racional como razonable*, a cargo de E. Garzón Valdés, Madrid, 1991, pp. 44-45, 107 ss.], y especialmente Wróblewski, *Facts in Law*, en Id., *Meaning and Truth in Judicial Decision*, Helsinki, 1983, pp. 104 ss. Para un reciente análisis lógico del concepto de relevancia v. Holdcroft, *Relevance in Legal Proof*, in *Facts in Law*, cit., pp. 127 ss. El concepto de relevancia jurídica, o de supuesto de hecho, representa, por otra parte, un tópos clásico en la doctrina del «hecho jurídico»: para los aspectos dogmáticos de ese concepto v., en particular en la doctrina italiana, Cataudella, *op. cit.*, pp. 932 ss., 938 ss.; Falzea, *op. cit.*, pp. 942 ss.; Maiorca, *op. cit.*, pp. 112 ss., 124 ss., 132 s.

52. Sobre esta línea teórica v., entre lo más reciente, Pintore, *La teoria analitica dei concetti giuridici*, Napoli, 1990, pp. 89 ss.

entre «conceptos fácticos» y «conceptos calificadorios», atribuyendo a los primeros la función de describir hechos que son jurídicamente calificados por las normas⁵³. Siguiendo este orden de ideas, es la norma la que define el hecho que es identificado como premisa de consecuencias de tipo prescriptivo. Se trataría de un hecho «histórico» o «bruto» que la norma selecciona en el momento en que le atribuye relevancia jurídica; ese hecho representaría la prótasis de la norma, es decir, aquello que debe probarse para que sea posible aplicar justamente la norma al caso concreto⁵⁴.

No obstante, surgen a este respecto problemas relevantes que se afrontarán, al menos, sintéticamente.

Es ya un lugar común la consideración de que en las normas, como en cualquier otro contexto definitorio o cognoscitivo, el hecho no aparece como dato empírico material sino como objeto de una descripción, de un juicio, de una enunciación⁵⁵. No es, pues, un dato absoluto objetivamente determinado *aliunde*, sino el resultado de una «construcción» lingüística y conceptual: es algo *artificial* que lleva la señal determinante del «constructor» y de los presupuestos y los métodos que han guiado o condicionado la construcción⁵⁶. Del mismo modo que en la ciencia se afirma que los hechos son inevitablemente *theory-laden*⁵⁷ o que, en general, cualquier definición de un hecho es siempre

53. V., en particular, Scarpelli, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, nueva ed. a cargo de A. Pintore, Milano, 1985, pp. 123 ss., 133 ss., y *La definizione nel diritto*, ahora en Id., *Etica senza verità*, Bologna, 1982, pp. 209 ss.; también Pintore, *op. cit.*, pp. 91 ss., e Id., *Introduzione*, en Scarpelli, *Contributo*, cit., pp. 15 ss. 23 ss. No obstante, la autonomía de los «conceptos fácticos» parece ponerse en duda en otros escritos de Scarpelli: v., por ejemplo, Id., *Auctoritas non veritas facit legem*, en *Riv. fil.*, 1984, p. 32.

54. V., *supra*, capítulo I, 4.2.

55. V., *infra*, apartado 2.3.

56. V., en particular, Goodman, *op. cit.*, pp. 127 ss.; en el mismo sentido, Varga, *The Fact and its Approach*, cit., pp. 357 ss., 359 ss., 364; Id., *On Judicial Ascertainment*, cit., pp. 61, 68; Id., *The Mental Transformation*, cit., pp. 66 ss.; Nerhot, *op. cit.*, pp. 61 ss.; Bankowski, *The Value of Truth: Fact Skepticism Revisited*, en *Legal Studies* 1, 1981, pp. 262 s.

57. Cf. Pizzi, *Oggettività e relativismo nella ricostruzione dei fatti: annotazioni logico-filosofiche*, en *La conoscenza del fatto nel processo penale*, ed. por G. Ubertis, Milano, 1992, pp. 195 ss. Cf. además Krajewski, *Correspondence Principle and the Growth of Science*, Dordrecht-Boston, 1977, pp. 60 ss.; Strawson, *Truth*, en el vol. *Truth*, ed. por G. Pitcher, Englewood Cliffs, 1964, p. 32 [tr. cast., *Verdad*, a cargo de A. García Suárez y L. M. Valdés, en *Teorías de la verdad en el siglo XX*, ed. por J. A. Nicolás y M.ª J. Frápolli, Madrid, 1997, p. 282]; Hanson, *Patterns of Discovery*, Cambridge, 1958, pp. 19 ss.; Peczenik, *On Law and Reason*, Dordrecht-Boston-London, 1989, pp. 126, 183; Villa, *La formazione dei concetti e delle teorie nella scienza giuridica*, en *Materiali per una storia*

culture-laden o *value-laden*⁵⁸, en el derecho y, en particular, en el lenguaje de las normas se tiende a decir que no se puede hablar de «hechos» en sentido estricto. Por la sola razón de ser definido por una norma o, más en general, por ser objeto del «discurso» jurídico (por ejemplo en el proceso) el hecho sería necesariamente *rule-laden* o *law-laden*, es decir, estaría inevitablemente definido mediante categorías jurídicas. No habría, por tanto, hechos «brutos» en el derecho, y mucho menos en las definiciones normativas, sino únicamente hechos «institucionales»⁵⁹. Así pues, siempre resultaría decisiva la calificación jurídica del hecho en sentido lato, en la medida en que éste sería definido sólo jurídicamente; en cambio, resultaría irrelevante o sería completamente inexistente la dimensión «empírica» o «fáctica», en sentido estricto, de la definición normativa del hecho⁶⁰.

Sin embargo, fácilmente puede comprobarse que este problema no se sitúa en el plano ontológico (es decir, no se refiere a la existencia

della cultura giuridica, 1985, p. 394; Id., *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali. Modelli e analogie*, Milano, 1984, pp. 131 ss., 165 ss., 173 ss. Debe, sin embargo, recordarse al respecto la importante observación de Quine (cf. *The Pursuit of Truth*, Cambridge, Mass.-London, 1990, pp. 6 ss. —tr. cast., *La búsqueda de la verdad*, a cargo de J. Rodríguez Alcázar, Barcelona, 1992, pp. 23 ss.—) según la cual la *theory-ladenness* es siempre una cuestión de grados y de puntos de vista. Por un lado, en efecto, no está excluida la posibilidad de observaciones que puedan considerarse *theory-free*. Por otro lado, todo o nada puede ser *theory-laden* en función del nivel en que se sitúe el «hecho» en relación con el punto de vista de la teoría que lo observa.

58. V., por ejemplo, Putnam, *Razón, verdad e historia*, tr. cast. a cargo de J. M. Esteban, Madrid, 1988, pp. 132 s.

59. Esta distinción pertenece a Searle (v., principalmente, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge, 1969, pp. 50 ss., 175 ss. —tr. cast., *Actos de habla*, a cargo de L. M. Valdés Villanueva, Madrid, 1990, pp. 58 ss., 178 ss.—) pero se ha convertido en uso común entre los filósofos del derecho. Cf., especialmente, McCormick y Weinberger, *Introduction*, en McCormick y Weinberger, *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Dordrecht, 1986, pp. 1 ss.; McCormick, *On Analytical Jurisprudence*, *ivi*, pp. 98 ss.; Weinberger, *Facts and Fact-Descriptions. A Logical and Methodological Reflection on a Basic Problem for the Social Sciences*, *ivi*, pp. 78 ss.; Jackson, *Semiotics and Legal Theory*, London-New York, 1985, pp. 176 ss.; Peczenik, *op. cit.*, pp. 233 ss.; Mazzarese, *op. cit.*, pp. 4 s., 7. Se remiten a esta discusión todos aquéllos que, explícita o implícitamente, sostienen la tesis de que los hechos definidos por normas son, por ello, necesariamente institucionales (v. la nota siguiente).

60. Cf., por ejemplo, McCormick, *Law as Institutional Fact*, en McCormick y Weinberger, *op. cit.*, p. 49; Id., *On Analytical Jurisprudence*, cit., pp. 98 ss.; Guastini, *Dalle fonti alle norme*, Torino, 1990, p. 81; Id., en Castignone, Guastini y Tarello, *op. cit.*, pp. 189 ss.; Varga, *The Fact and Its Approach*, cit., pp. 373 ss.; Id., *A Framework for the Analysis of Judicial Discourse*, en *Reason in Law*, I, Milano, 1987, p. 294; Id., *On Judicial Ascertainment*, cit., pp. 61 ss., 68; Mazzarese, *op. cit.*, p. 9; White, *op. cit.* Respecto de esta línea v. las consideraciones de Pintore, *op. cit.*, pp. 198 ss., y de Peczenik, *op. cit.*, pp. 233 ss.

material de los hechos) sino en el semántico, en la medida en que se refiere a la individualización del significado de las normas. Más específicamente, se pone el acento en el lenguaje de las normas⁶¹, ya que es sobre él, y sobre la forma de entender su estructura, que se plantea la posibilidad de individualizar definiciones normativas de hechos «brutos» o la necesidad de reconocer únicamente la presencia de hechos «institucionales».

Con todo esto, no obstante, se está muy lejos de resolver la cuestión de cómo las normas definen los hechos y, por tanto, de cómo es individualizado el hecho que sirve de base para la decisión. Al respecto, en realidad, hay algunas dificultades que deben ser resueltas por quien pretenda establecer qué hecho debe ser probado como presupuesto para la aplicación de una determinada norma.

La primera dificultad consiste en la «vaguedad» del lenguaje de las normas, que está siempre notoriamente presente⁶², pero que se da especialmente en la parte de la norma referida a la individualización del hecho⁶³. Al respecto, parece al menos sensata la observación de que las normas deberían ser lo más claras y precisas posible, precisamente, en la individualización de los presupuestos fácticos de su aplicación⁶⁴. Pero, más allá del hecho de que no es posible una precisión absoluta⁶⁵, resulta que en concreto las normas son a menudo vagas precisamente en la individualización de aquellos presupuestos. El «grado» de vaguedad no es obviamente constante, ya que depende del grado de precisión y claridad del lenguaje usado, además del grado de concreción/*genericidad* de las determinaciones fácticas⁶⁶: resulta intuitivo que una

61. Cf. Ferrajoli, *La formazione e l'uso dei concetti nella scienza giuridica e nell'applicazione della legge*, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1985, pp. 410 ss.

62. Cf. Luzzati, *Vaghezza, interpretazione e certezza del diritto*, en *Analisi e diritto*, 1990, pp. 136 ss.; *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990, pp. 13 ss., 70 ss., 86 ss., 279 ss., 299 ss., 353 ss.; Diciotti, *Vaghezza del diritto e controversie giuridiche sul significato*, en *Analisi e diritto*, 1992, pp. 97 ss.

63. Cf. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, cit., pp. 81, 114, 116.

64. Cf. Scarpelli, *La definizione*, cit., p. 209. Análogamente, Ferrajoli, *op. cit.*, pp. 409 ss.; Id., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1990, pp. 7 ss. [tr. cast., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, a cargo de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero, Madrid, 1995, pp. 35 ss.].

65. En efecto, destaca Ferrajoli, *La formazione e l'uso dei concetti*, cit., p. 411, que esto sería únicamente posible en un lenguaje jurídico completamente formalizado. Sin embargo, la vaguedad no es *a priori* incompatible con la precisión: cf. Quine, *Word and Object*, Cambridge, Mass., reed. 1990, p. 126 [tr. cast., *Palabra y objeto*, a cargo de M. Sacristán, Barcelona, 1968, pp. 137-138].

66. Sobre la distinción entre vaguedad y ambigüedad, *genericidad* y *generalidad*, cf. Luzzati, *La vaghezza delle norme*, cit., pp. 46 ss. Sobre los grados de vaguedad v. *ibid.*, pp.

norma que hable de «automóviles» es más específica y menos vaga que una norma que hable de «vehículos», pero —más allá del hecho de que obviamente tienen distintos campos de aplicación— ambas normas siguen siendo (en distintos grados) vagas (quedando, por ejemplo, por determinar si, y en qué casos, una ambulancia es un automóvil y si, y en qué casos, un cochecito para niños es un vehículo)⁶⁷.

Se obtiene de ello que un aspecto esencial para la identificación de aquello que debe ser probado para que pueda aplicarse una determinada norma consiste en la reducción de la vaguedad referida a la individualización de los presupuestos fácticos⁶⁸. Esta operación es menos problemática en el caso, no muy frecuente, de que la norma use un lenguaje fáctico simple, uniforme y determinado. Es, en cambio, más compleja si el lenguaje es complicado, oscuro y variable, aunque sólo sea porque en ese caso aumenta el ámbito de discrecionalidad que sirve al intérprete para establecer *un* significado plausible de la norma⁶⁹.

La segunda dificultad consiste en el hecho de que no existe una clara distinción entre «lenguaje ordinario» y «lenguaje jurídico», ni siquiera en lo que concierne a la individualización de los presupuestos fácticos de la aplicación de las normas. Por un lado, es verdad que muy a menudo el lenguaje de las normas «toma prestadas» expresiones del lenguaje común: es más, esto sucede típicamente en el ámbito de la determinación de los hechos por parte de las normas⁷⁰. Se trata, sin

92 ss.; cf. además Diciotti, *op. cit.*, pp. 100 ss. En general sobre el problema de la vaguedad del lenguaje cf., especialmente, Quine, *op. ult. cit.*, pp. 125 ss. [tr. cast., pp. 137 ss.].

67. Evidentemente, cuanto más precisa es la definición contenida en la norma, más determinados están los hechos que le son reconducibles (Ferrajoli, *op. ult. cit.*, p. 410). Se trata, sin embargo, de distinciones de grado que no son fácilmente determinables ni susceptibles de definiciones teóricas rigurosas, estrechamente ligadas al lenguaje específico de la norma y al contexto lingüístico de su interpretación (v. Ferrajoli, *ivi*, p. 411).

68. Sobre las técnicas de reducción de la vaguedad v., ampliamente, Luzzati, *op. ult. cit.*, pp. 83 ss.; sobre la interpretación de normas vagas v. *ibid.*, pp. 101 ss., 157 ss., 201 ss., 241 ss., 319 ss.

69. Esto no implica en absoluto que la norma tenga, o pueda tener, *un solo* significado plausible o «justo». La tesis de la *one right answer* sostenida por Dworkin es, en efecto, insostenible por varias razones (cf., también para ulteriores remisiones a muchas contribuciones críticas sobre este punto, Peczenik, *op. cit.*, pp. 301 ss.; Wróblewski, *Problems related to the one right answer thesis*, cit., pp. 240 ss.; Taruffo, *La Corte di Cassazione e la legge*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, pp. 336 ss.). En el texto se hace referencia únicamente al hecho de que, en todo caso, en la decisión sobre un caso concreto, el juez elige un significado plausible entre los distintos significados posibles. Sobre este punto, esto es, sobre la determinación del significado de la norma que resulta de la decisión judicial, cf., ampliamente, Diciotti, *op. cit.*, pp. 130 ss.

70. Cf. Pintore, *op. cit.*, pp. 284 ss., 307 ss.; Diciotti, *op. cit.*, pp. 114 ss., 122 ss. En general, sobre la «tecnificación» del lenguaje jurídico y sobre sus relaciones con el lenguaje ordinario, cf. Tarello, *op. cit.*, pp. 108 ss.

embargo, de un dato histórico y culturalmente contingente, ligado, por ejemplo, a fenómenos como la mayor o menor difusión de una jerga técnico-burocrática que muchas veces es empleada también en casos en que el lenguaje común sería más simple y más claro⁷¹. Por otro lado, es dudoso que una expresión del lenguaje común mantenga rigurosamente su significado extrajurídico una vez que ha sido insertada en el contexto de una norma (incluso si se admite que se puede determinar en todo caso y con certeza —lo que a menudo no sucede— cuándo una expresión pertenece al lenguaje común y cuando pertenece al lenguaje jurídico)⁷². Además, es lícito sostener que cuando una expresión del lenguaje común existe *también* en el lenguaje jurídico y tiene en este último un significado técnico identificable autónomamente, es este último el que debe ser adoptado en la interpretación de la norma⁷³. Si, por ejemplo, una norma se refiere a la posesión de una casa por un cierto período de tiempo, parece claro que prevalece el concepto técnico-jurídico de posesión, que proviene del artículo 1140 cod. civ. it., y no la idea corriente de posesión que determina su significado en el lenguaje común. En resumen, parece que los significados del lenguaje común pueden sólo servir (manteniéndose el lenguaje «común» como «común») en los casos, poco frecuentes, en que la expresión usada para identificar un hecho no tenga (o no tenga todavía) un significado «jurídico».

Sin embargo, lo anterior no ofrece criterio estable alguno para la resolución del problema inherente a cómo se determinan los hechos

71. En efecto, se observa que la distinción entre hecho «bruto» y hecho «institucional» no es rígida sino de grado, variable en función de los distintos contextos sociales y culturales: cf. Varga, *op. cit.*, pp. 365 s., 367; Ockelton, *op. cit.*, pp. 102 ss.

72. Esto no implica en absoluto que, de alguna forma, el derecho sea un lenguaje autónomo y autosuficiente hasta el punto de poder prescindir del lenguaje ordinario. Al contrario, permanece ligado a él (en este sentido, muy claramente, Pintore, *op. cit.*, pp. 308 ss.; también Luzzati, *op. ult. cit.*, pp. 225 ss.; Diciotti, *op. cit.*, pp. 122 ss.; Lazzaro, *Diritto e linguaggio comune*, en *Riv. trim. proc. civ.*, 1981, 140 ss.; Tarello, *op. cit.*, 110 ss.), pero el traslado de expresiones del lenguaje ordinario al lenguaje jurídico puede modificar en alguna medida su significado (sobre las diferencias y las relaciones entre los dos lenguajes cf. Grace y Teschner, *op. cit.*, pp. 141 ss.). Por otra parte, no es siquiera necesario sostener que el significado jurídico de esas expresiones es *siempre y completamente* autónomo y distinto de su significado no jurídico. Sobre estos problemas, las tesis «intermedias» (sobre las que puede verse Pintore, *op. cit.*, p. 314, y Luzzati, *ibid.*) parecen dotadas de mayor razonabilidad y realismo que las tesis radicales, que no distinguen el lenguaje jurídico del ordinario o que, en sentido opuesto, sostienen que existe una separación total entre ambos lenguajes.

73. En este sentido, v. Cian y Trabucchi, *Commentario breve al codice civile*, Padova, 1992, p. 19, VII, 3. También Tarello, *op. cit.*, p. 113; Diciotti, *op. cit.*, pp. 122 ss., 125.

por las normas: en cada caso, la posibilidad de que el hecho se identifique mediante el lenguaje no jurídico (y sea, pues, definible como «bruto») o el lenguaje jurídico (y sea, pues, *law-laden*) depende de la relación contingente que en ese momento y en esa cultura jurídica se produzca entre el lenguaje común y el lenguaje ordinario en referencia a esa materia particular⁷⁴.

Hay, sin embargo, un punto muy importante que debe precisarse desde la perspectiva que interesa principalmente en este momento, es decir, desde el punto de vista de la forma en que las normas condicionan la individualización de los hechos destinados a ser objeto de prueba. El punto, quizás banal pero que merece ser subrayado, es que es necesario distinguir entre la forma en que las normas individualizan el hecho y el hecho mismo que es individualizado. Esto es, debe quedar claro que no sólo se habla del hecho cuando la norma emplea el lenguaje común —por decirlo así— «en estado puro» (admitido que esto suceda) y, por tanto, define un hecho hipotéticamente «bruto». También cuando la norma emplea el lenguaje jurídico y, por tanto, individualiza «hechos institucionales» o «hechos jurídicos» (en el sentido de que son necesarios conceptos jurídicos para establecer su significado), se hace siempre referencia a *hechos*, es decir, a ocurrencias del mundo extrajurídico cuya verificación es, en todo caso, condición para la aplicación de la norma al caso concreto⁷⁵. Que el «daño» sea un concepto jurídico no excluye que determinadas circunstancias deban ser verificadas para que alguien tenga derecho al resarcimiento; del mismo modo, se puede sostener que no detenerse ante una señal de «Stop» es un hecho *law-laden*, pero esto no impide que lo que se castiga sea un comportamiento material. La mayoría de edad es un estatus jurídico, pero éste existe únicamente respecto de aquellos que nacieron antes de una determinada fecha. La ejemplificación podría continuar, pero estos casos obvios bastan para mostrar que también cuando la norma emplea conceptos indudablemente jurídicos para individualizar los hechos (o incluso desde el punto de vista de quien sostiene que las normas

74. Cf. Varga, *The Fact and its Approach*, cit., pp. 373 ss. En todo caso, se trataría de un hecho «bruto» sólo desde el punto de vista del lenguaje jurídico, pero no de forma absoluta; se podría decir de él, en efecto, que es *theory-laden* o *culture-laden* en referencia a los esquemas conceptuales no jurídicos que se usan para definirlo en el ámbito del lenguaje común.

75. Al respecto, v. en particular Peczenik, *op. cit.*, p. 234, donde se destaca que los hechos «institucionales» se individualizan identificando hechos «brutos» e interpretándolos mediante conceptos institucionales. Esto es, también los hechos institucionales son *hechos* y, como tales, tienen una base empírica pre o extra-institucional. En el mismo sentido, cf. Summers, *Comments*, cit., pp. 121 ss.

siempre individualizan hechos jurídicos) hay, en todo caso, *un hecho histórico* en la base de la aplicación de la norma⁷⁶.

No se puede decir, en consecuencia, que la referencia a la realidad extrajurídica exista sólo cuando la norma emplea el lenguaje común y no así cuando la norma emplea conceptos del lenguaje jurídico o, más aún, que nunca exista, si se sostiene que la individualización del hecho es siempre «jurídica».

En realidad, aquí el problema no es ontológico sino lingüístico, en el sentido de que el hecho material que fundamenta la aplicación de la norma puede ser individualizado con lenguajes distintos en función de si la norma utiliza o no (y de la forma en que lo haga) términos «prestados» del lenguaje común.

Esto no impide —como ya se ha destacado— que el hecho sea sólo el indicado por la norma y, por tanto, que sea individualizado en función del significado de la norma (es decir, en función de los criterios semánticos aplicables a la misma), pero esto significa únicamente que el hecho relevante puede ser X o Y según la forma en que la norma lo defina. No significa, en cambio, que no exista ningún hecho material relevante sólo porque la norma emplee el lenguaje jurídico para establecer en qué casos se verifican efectos jurídicos.

Así pues, la determinación del hecho jurídicamente relevante es un problema semántico, en el sentido en que se trata de establecer qué significa la norma en lo que se refiere a la individualización del hecho, es decir, cuál es el hecho que la norma define como presupuesto de su propia aplicación. En función del lenguaje empleado por la norma esta operación puede resultar más fácil o más difícil, más directa o más mediata, más intuitiva o más compleja, más «de sentido común» o más «técnico-jurídica». Obviamente, es más fácil y directa cuando la norma usa «conceptos fácticos» (por utilizar la expresión de Scarpelli) más próximos a la experiencia común y los formula con expresiones extraídas directamente del lenguaje común («muerte», «velocidad», «convivencia», etc.), mientras que es más compleja y mediata cuando el hecho es individualizado mediante lenguaje «jurídico» («daño grave», «hecho ilícito», «posesión», etc.) o cuando no está exactamente determinado (como sucede con las cláusulas generales). Lenguajes distintos requieren semánticas distintas y, obviamente, conducen a resultados in-

76. Incluso los teóricos de los «hechos institucionales» no excluyen este aspecto. Así por ejemplo Weinberger destaca que las técnicas definitorias típicas de los hechos «brutos» no agotan la definición de los hechos «institucionales», pero no excluye que también el hecho institucional tenga bases empíricas (v. *Facts and Fact-Descriptions*, cit., pp. 82 ss.).

terpretativos diferentes, es decir, a la individualización de hechos distintos, en función precisamente de las connotaciones que el problema interpretativo asuma en cada caso.

Constatar la extrema variabilidad de los caracteres que la determinación del hecho puede asumir, en función del lenguaje utilizado por la norma, ofrece una confirmación adicional de la inaceptabilidad de la idea según la cual el concepto de «hecho jurídicamente relevante» es simple o, en cualquier caso, reducible a una unidad.

La misma constatación, sin embargo, conlleva el riesgo de disolver el problema que aquí se discute en la infinita variabilidad de los casos particulares, de los lenguajes y de sus posibles combinaciones, de las técnicas interpretativas y de las semióticas jurídicas y no jurídicas. El riesgo es que dentro de esta variabilidad se pierda de vista el «hecho» (o, mejor, «los hechos»), es decir, la circunstancia de que, en todo caso, la individualización del supuesto de hecho se realiza en sede de interpretación *en el proceso concreto*, a los efectos de establecer lo que debe ser probado en ese caso.

Una vez constatado que «el hecho» no es unitario, es conveniente buscar algún criterio orientativo que, al menos en alguna medida, reduzca su multiplicidad. Es obviamente absurdo prefijarse la construcción de una tipología coherente y completa de los «hechos» mismos. Pero puede resultar útil analizar alguna hipótesis particularmente relevante, aunque sólo sea para mostrar *per exempla* la complejidad —y también la importancia— de los problemas referidos a la determinación normativa del hecho.

2.3. *Hechos y enunciados sobre hechos.*—Las observaciones que preceden ponen en evidencia un aspecto del problema del «hecho» en el juicio que resulta obvio en muchos sentidos pero que, sin embargo, debe precisarse expresamente.

Cuando se habla de «construcción», «definición» o «identificación» del hecho, o de individualización del nivel de realidad o del grado de precisión en el que aquél es determinado⁷⁷, o también del modo en que las normas individualizan los hechos jurídicamente relevantes⁷⁸, parece evidente que no se hace referencia al hecho en cuanto ocurrencia de la realidad empírica, sino a enunciados, de distinta naturaleza, que se refieren a ocurrencias que se supone que suceden en el mundo de la realidad empírica. Los hechos del mundo real existen (cuando existen) según modalidades empíricas absolutamente independientes de la esfe-

77. V., *supra*, apartado 2.1.

78. V., *supra*, apartado 2.2.

ra de las determinaciones conceptuales, valorativas o normativas⁷⁹: no son los eventos del mundo real los que se «construyen», «definen» o «identifican», porque éstos, por decirlo así, «suceden» de forma absolutamente independiente de las categorías, de los conceptos y de las valoraciones que a ellos se refieren. Lo que se construye o se define en función de conceptos, valores o normas son enunciados relativos a hechos del mundo real o, en el caso de hechos particularmente complejos, *versiones* de segmentos de experiencia o de sectores de la realidad, que tienen alguna relevancia en el juicio.

En consecuencia, en el proceso «el hecho» es en realidad lo que se dice acerca de un hecho: es la enunciación de un hecho, no el objeto empírico que es enunciado⁸⁰.

Se habla habitualmente de *descripciones* del hecho para referirse a la enunciación, la definición o la reconstrucción de un hecho⁸¹ por parte de sujetos como el testigo, el juez o el legislador. Sin embargo, ésta es una fórmula fuertemente reductiva, que no se adopta siempre de forma rigurosa. En efecto, son muchas las formas en que un hecho es enunciado por un sujeto u otro y no todas ellas son descripciones en sentido estricto.

Así, por ejemplo, como se ha visto anteriormente⁸² y se verá más ampliamente en las páginas que siguen, surgen problemas relevantes a propósito de las definiciones normativas de los hechos. Mientras que un testigo que narra un hecho lo describe como verdadero y otro tanto hace el juez que lo da por probado en la sentencia, no sucede lo mismo en las definiciones normativas de los hechos. Las normas no individualizan hechos para enunciar que éstos existen sino para decir que, si se verifica un hecho de un cierto tipo, se pueden producir determinadas consecuencias jurídicas. En la norma, la indicación del hecho es una prótasis, si se observa la estructura completa del enunciado normativo, no una afirmación acerca de la existencia del hecho⁸³. Esto último, por otra parte, queda excluido por el hecho de que mientras que la enunciación fáctica del testigo o del juez se refiere a un hecho individual o específico, la norma se expresa en términos generales y abstractos, es

decir, individualiza «clases de hechos» o «supuestos de hecho abstractos» y no hechos concretos. Sólo los hechos concretos pueden ser descritos como existentes en la realidad empírica, mientras que las clases de hechos o los supuestos de hecho abstractos pueden ser definidos o conjeturados, pero no propiamente descritos como datos empíricos. Es conocido, por otra parte, que uno de los problemas fundamentales del juicio afecta precisamente a las modalidades mediante las que se reconduce la descripción de un hecho empírico específico a un supuesto de hecho abstracto normativamente determinado⁸⁴.

Por otro lado, hablar de descripción de los hechos puede resultar reductivo porque la «construcción» o «individualización» de los hechos pueden no ser «descriptivas» en sentido estricto. En efecto, puede suceder que un hecho sea individualizado o definido sin hacer (exclusiva) referencia a las modalidades empíricas que lo individualizan como ocurrencia material, sino (también) a través de la definición de aspectos valorativos referidos al hecho o mediante calificaciones jurídicas (o «institucionales») de naturaleza diversa⁸⁵. Esto sucede habitualmente en el lenguaje de las normas y de su interpretación, pero también en el lenguaje del juez, del abogado o del testigo. Por tanto, se puede hablar de descripciones de hechos en un sentido no riguroso, pero resulta útil tener en cuenta que no toda enunciación acerca de un hecho es una verdadera y estricta descripción⁸⁶. Esto es, no todo enunciado que versa sobre un hecho pretende describirlo como un suceso que ha tenido lugar en el mundo de los fenómenos empíricos: no por casualidad, surgen problemas relevantes cuando, por ejemplo, es necesario distinguir entre la descripción y la valoración de un hecho a los efectos de establecer cuál es, propiamente, el objeto de la prueba de ese hecho⁸⁷.

Debe destacarse también que puede individualizarse el hecho de maneras muy distintas, tanto en el lenguaje común como, en particular, en el lenguaje de las normas y de sus respectivos supuestos de hecho. En efecto, puede variar el grado de analiticidad con el que es definido el hecho jurídicamente relevante, pero también el grado de precisión y determinación o de vaguedad, ambigüedad, *genericidad* o

79. Cf. Landowski, *Verité et véridiction en droit*, en *Droit et société* 8, 1988, p. 48.

80. Exactamente en el mismo sentido, Varga, *The Fact and its Approach*, cit., p. 359; Id., *On Judicial Ascertainment*, cit., p. 63. También Ubertis, *La ricerca de la verità giudiziale*, en *La conoscenza del fatto nel processo penale*, cit., pp. 9 ss.; Weinberger, *op. ult. cit.*, pp. 80-81, y White, *op. cit.*, p. 114.

81. Una descripción de hechos es todo aquello que se usa como aserción acerca de características del mundo real: cf. Weinberger, *op. y loc. ult. cit.*

82. V. apartado 1.

83. V., *supra*, capítulo I, 4.2.

84. Es el problema de la subsunción o, en cualquier caso, de la reconducción del hecho a la norma. Sobre este punto v., *supra*, apartado 2.1.

85. V., *supra*, apartado 2.2. Sobre la variedad de los enunciados acerca de los hechos v., en particular, Guastini, en Castignone, Guastini y Tarello, *op. cit.*, pp. 187 ss., 208 ss.

86. Sobre la inadecuación de los criterios normales de descripción cuando se trata de hechos «institucionales» v., en particular, Weinberger, *op. ult. cit.*, pp. 82 ss.

87. V., más ampliamente, *infra*, apartado 3.

indeterminación con el que las normas individualizan los hechos a los que se refieren⁸⁸. Así, puede haber hechos «simples» o «complejos», «individuales» o «colectivos», «positivos» o «negativos», y así sucesivamente, según los criterios de clasificación que en cada momento se consideren preferibles⁸⁹.

Está claro que estas variaciones y tipologías no se refieren a los hechos, entendidos como ocurrencias empíricas, sino a las enunciaciones que versan sobre los hechos. No tiene sentido, por ejemplo, decir que un hecho empírico es simple o complejo, porque sólo puede ser simple o compleja su descripción en función del grado de analiticidad y de precisión de la descripción y de la extensión del «segmento de realidad» que aquélla identifica y define como «hecho»⁹⁰. Así, hay «hechos» muy elementales o puntuales, como la pronunciación de una palabra por parte de un cierto sujeto en un momento determinado, y «hechos» muy amplios y complejos, como años de vida conyugal. Es obvio, por otra parte, que estas distinciones se refieren a la forma en que el hecho es definido y descrito, no a su realidad empírica. Con mayor razón, vale el mismo discurso cuando las variantes y tipologías no surgen desde el interior de las «descripciones» de los hechos en sentido estricto, sino que dependen del empleo de calificaciones no descriptivas, como en el caso de las enunciaciones que implican valoraciones o atribuciones de relevancia jurídica.

No hay, pues, nada «necesario» en ninguna definición o enunciación de hecho, independientemente del sujeto del que provenga. Todo enunciado fáctico es siempre uno entre muchos enunciados posibles acerca del mismo hecho⁹¹, que es seleccionado y «preferido» respecto a los demás enunciados posibles en función de elementos del contexto en el que es empleado⁹²: esto es, depende del sujeto que realiza la enunciación (definición, hipótesis, descripción, etc.), de los criterios que emplea para individualizar el hecho (grado de precisión, presencia o ausencia de valoración o de calificación jurídicas) y del lenguaje que se usa (común o jurídico, vago o preciso, etc.)⁹³.

88. Sobre estos conceptos cf. Luzzati, *La vaghezza delle norme*, cit., pp. 46 ss., 92 ss.; Guastini, *Dalle fonti alle norme*, cit., pp. 114 ss.

89. V., *infra*, apartados 4, 5.1, 5.2, 5.3.

90. Sobre estos problemas v., más ampliamente, *supra*, apartado 2.

91. Cf. especialmente Goodman, *op. cit.*, pp. 130 ss.

92. V. una vez más Goodman, *op. cit.*, pp. 132 ss. y 164 ss.

93. Esto es así tanto respecto de los enunciados en sí mismos como respecto de las razones por las que éstos pueden ser distintos. Otra cosa es el problema de la elección entre enunciados diferentes, en cuyo caso puede entrar en juego el problema de la verdad (v., sobre este punto, *supra*, capítulo I, 2.1 y 4.1).

Del mismo modo, y sustancialmente por las mismas razones, debe descartarse que exista una definición o descripción de un hecho que pueda denominarse «buena» o «completa» *a priori*. Toda identificación o enunciación de un hecho es siempre relativa a los criterios que un determinado sujeto usa para realizarla, de forma que el verdadero problema concierne a la elección o al empleo de esos criterios, no a presuntas cualidades intrínsecas de la enunciación y mucho menos de los sucesos empíricos que constituyen su objeto. Toda definición o descripción de un hecho es, pues, relativa, convencional o «contextual»⁹⁴, pero esto vale para las enunciaciones normativas o, en general, para las calificaciones jurídicas de los hechos, en las que opera un criterio de selección representado por la relevancia jurídica del hecho. Esto es, del hecho sólo importan los aspectos que corresponden a su respectivo esquema legal; los otros aspectos, que también existen en el mundo real, no «existen» en el mundo jurídico simplemente porque «no interesan» desde el punto de vista del derecho⁹⁵.

En este contexto, debe hacerse una consideración adicional acerca de la «verdad de los hechos». Se han visto ya algunos aspectos del problema⁹⁶ y más adelante se presentará una posible solución⁹⁷. Lo que aquí se quiere subrayar es que tampoco las calificaciones en términos de verdad/falsedad se aplican, obviamente, a los hechos entendidos como sucesos del mundo material, sino sólo a las enunciaciones que a ellos se refieren. Los hechos materiales existen o no existen, pero no tiene sentido decir *de ellos* que son verdaderos o falsos; sólo los enunciados fácticos pueden ser verdaderos, si se refieren a hechos materiales sucedidos, o falsos, si afirman hechos materiales no sucedidos. En consecuencia, la «verdad del hecho» es únicamente una fórmula elíptica para referirse a la verdad del enunciado que tiene por objeto un hecho.

Por otra parte, debe destacarse que la verdad/falsedad no es propiamente predicable de todas las enunciaciones que, en el proceso, versan de alguna forma sobre hechos. Por un lado, es necesario en efecto considerar que no todas las enunciaciones relativas a hechos van acompañadas y son caracterizadas por «pretensiones de verdad»⁹⁸. El

94. V., *supra*, capítulo I, 4.3 y, en particular, Varga, *The Fact and Its Approach*, cit., pp. 369 ss., 371.

95. Al respecto v., más ampliamente, *infra*, apartado 2.4.

96. V., *supra*, capítulo I, apartados 2 y 4.

97. V., *infra*, capítulos III y IV.

98. Sobre la pretensión de verdad correspondiente a actos lingüísticos que representan estados de cosas v. Sbisà, *Linguaggio, ragione, interazione. Per una teoria pragmatica*

testigo que describe un hecho sostiene que dice la verdad y con ello califica como verdaderas sus propias declaraciones, y lo mismo sucede con el juez que sostiene que ha determinado el hecho. Sin embargo, es discutible si las enunciaci3nes fácticas realizadas por los abogados tienen realmente «pretensiones de verdad», aunque obviamente son presentadas como «verdaderas»⁹⁹, o si se trata más bien de hipótesis que deben someterse a control y confirmaci3n mediante las pruebas. Por otra parte, está claro que no tienen «pretensiones de verdad» las determinaciones fácticas contenidas en las normas, ya que se trata de la definici3n de supuestos de hecho destinados a funcionar como criterios de selecci3n y calificaci3n, no de afirmaciones acerca de la existencia de circunstancias concretas. Por tanto, no se podrá hablar de la verdad de las definiciones normativas de los hechos y, en cambio, sí se podrá hablar de la verdad de los enunciados fácticos que pretenden ser verdaderos en la medida en que, precisamente, se presentan como descripciones verídicas de hechos concretos.

No todas las enunciaci3nes relativas a hechos pueden ser verdaderas o falsas, porque no todas son descripciones de hechos. En efecto, la descripci3n es típicamente la enunciaci3n de un hecho realizada en términos que implican la referencia a algún criterio de verdad (habitualmente la correspondencia con algún evento del mundo real)¹⁰⁰; así pues, la descripci3n puede ser verdadera o falsa en funci3n de algún criterio de verdad. No se puede decir lo mismo de todas las enunciaci3nes que se refieren a hechos: por ejemplo, un enunciado valorativo (que exprese la valoraci3n de un hecho) podrá ser fundado o infundado, compatible o no (en funci3n de los valores a los que se refiera), pero no es en sí mismo verdadero o falso como sí lo es un enunciado descriptivo¹⁰¹.

Si se toma en cuenta lo dicho resulta bastante evidente que es lícito hablar de «hechos», de «hechos verdaderos» o de «verdad de los hechos», así como de determinaci3n o indeterminaci3n de los hechos, de hechos negativos o positivos, simples o complejos, y así sucesivamente, con la condici3n que esas expresiones sean entendidas como abrevia-

degli atti linguistici, Bologna, 1989, pp. 74 s., 104 ss., 175 ss., 276. Sobre las pretensiones de verdad de los hechos narrados en el proceso cf. Jackson, *Narrative Models*, cit., p. 246. Cf. también Landowski, *op. cit.*, pp. 51, 57.

99. Queda excluida cualquier pretensi3n de verdad en las *stories* narradas por los abogados si se tienen en cuenta las tácticas ret3ricas que usan para presentar sus versiones del caso; cf. al respecto Bennett y Feldman, *op. cit.*, pp. 93 ss., 116 ss., 150 ss.

100. V., por todos, Weinberger, *op. cit.*, pp. 78 ss., 80-81.

101. Sobre las determinaciones valorativas de los hechos v., *infra*, apartado 3.

ciones lingüísticas. No es posible, en efecto, entender que se refieren a cosas o eventos del mundo real y que a esas cosas o eventos se refieren calificaci3nes como la verdad, la determinaci3n, la complejidad y las demás que se han mencionado y que serán analizadas en las páginas siguientes. Es necesario, en cambio, considerar que las expresiones examinadas se pueden referir únicamente a las enunciaci3nes acerca de hechos y que sólo a nivel de las enunciaci3nes, y de las modalidades con las que éstas se refieren a los hechos, tienen sentido aquellas calificaci3nes.

Esto no significa que el problema de los hechos se plantee únicamente en las enunciaci3nes que versan sobre hechos o sólo en el ámbito de las normas que individualizan hechos, es decir, únicamente en el ámbito del lenguaje o de las narraciones, y que, por tanto, necesariamente deba abandonarse cualquier vinculaci3n significativa con el mundo de las ocurrencias empíricas. Esta consecuencia podría darse sólo en el ámbito de perspectivas filosóficas radicalmente antirrealistas, que existen pero que no tienen que ser necesariamente compartidas¹⁰². Se trata sólo, muy simplemente, de no caer en la trampa del realismo ingenuo y de no atribuir a los sucesos del mundo real caracteres y propiedades que únicamente tienen sentido si se atribuyen a las enunciaci3nes acerca de hechos y no a los hechos sobre los que versan las enunciaci3nes. Esto vale en general, pero especialmente cuando se habla de enunciaci3nes que se realizan en el contexto del proceso.

2.4. *Hechos principales y hechos secundarios.*—Las consideraciones que preceden se han realizado con el punto de mira puesto en el problema de cómo se determinan los hechos por parte de las normas, aunque el tema de los enunciados fácticos es mucho más amplio y requiere ulteriores observaciones y distinciones acerca de la definici3n del «hecho» en el ámbito del proceso.

Entre estas observaciones y distinciones hay una que merece especial atenci3n no sólo porque aparece muy a menudo en los discursos de los juristas que se ocupan de las pruebas, sino también porque revisite una importancia fundamental que no se corresponde siempre con una suficiente claridad de análisis y de definici3n.

Se trata de la distinción que identifica, por una parte, a los hechos que habitualmente se definen como «principales», «jurídicos», «jurídicamente relevantes» o «constitutivos» (y también extintivos, impeditivos o modificativos), a los efectos de subrayar la funci3n jurídica de las circunstancias que se indican en la prótasis de la norma aplicable y que,

102. V., *supra*, capítulo I, 2.1.

por tanto, representan la condición o el presupuesto para la verificación de los efectos jurídicos previstos por la norma. Como se ha visto ya, el supuesto de hecho abstracto definido por la norma opera como criterio de selección, dentro de un conjunto indiferenciado e indefinido de circunstancias, de los hechos relevantes para la aplicación de la norma¹⁰³.

El otro cuerno de la distinción está constituido por los hechos que habitualmente se denominan «secundarios» o «simples», que se distinguen de los hechos principales en la medida en que no reciben calificación jurídica alguna. Estos hechos adquieren significado en el proceso sólo si de ellos se puede extraer algún argumento acerca de la verdad o falsedad de un enunciado sobre un hecho principal.

Esta distinción es un lugar común muy difundido¹⁰⁴ que resulta útil a propósito de diversos problemas, como, por ejemplo, los que se refieren a la relevancia de los medios de prueba¹⁰⁵. Sin embargo, aunque no carece de fundamento, es una distinción que implica una simplificación importante de los problemas que afectan a la identificación del hecho.

En realidad, si se observa cómo el hecho se identifica en el ámbito del proceso es fácil constatar que la distinción entre hechos principales y hechos secundarios no está siempre clara y, en cualquier caso, representa únicamente un aspecto de un problema más complejo¹⁰⁶.

El punto de partida está normalmente representado por la individualización de una «situación de hecho» que las partes, en especial la

103. V., *supra*, apartado 2.1.

104. Entre las muchas referencias que se podrían señalar al respecto, v., en particular, Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, reed. 1965, p. 266 [tr. cast., *Principios de derecho procesal civil*, a cargo de J. Casais, Madrid, 1977, t. I, pp. 335-336]; Carnelutti, *La prova civile*, Roma, 1947, pp. 16 n. 2, 154 ss., 237 ss. [tr. cast., *La prueba civil*, a cargo de N. Alcalá-Zamora, Buenos Aires, 1982, pp. 9 n. 10, 130 ss., 202 ss.]; Grasso, *La pronuncia d'ufficio*, Milano, 1967, pp. 367 ss.; Cappelletti, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, reed. 1974, I, pp. 342 ss.; Taruffo, *Studi sulla rilevanza della prova*, cit., pp. 26 ss., 39 ss.; Id., *Note in tema di giudizio di fatto*, cit., p. 40.

La distinción examinada equivale a la que se traza en la doctrina del *common law* entre *material* (o *primary* o *ultimate*) *facts* y *evidentiary* o *secondary* o *circumstantial facts*. Esta distinción es también un lugar común muy difundido sobre el que puede verse, por ejemplo, Jackson, *Questions of Fact*, cit., pp. 88 ss.; Lempert y Saltzburg, *A Modern Approach to Evidence*, St. Paul, Minn., 1977, pp. 141 ss.; Rothstein, *Evidence. State and Federal Rules*, St. Paul, Minn., 1981, pp. 3 ss.

105. V., por ejemplo, Taruffo, *Studi*, cit., pp. 23 ss., 27 ss., 52 ss.

106. No se realizará aquí un análisis de las vicisitudes del «hecho» en el proceso. Se mencionarán sintéticamente, en cambio, algunos aspectos que permiten mostrar los contornos problemáticos de la distinción en cuestión.

actora, sitúan en la base de la controversia. Las respectivas alegaciones pueden estar configuradas de distintas formas por las normas que regulan la demanda y la contestación, de modo que pueden estar previstos grados distintos de precisión y de completud en la indicación de los hechos, incluso en función de la posibilidad o exclusión de integraciones sucesivas¹⁰⁷. No hay duda, sin embargo, de que las alegaciones están, en cualquier caso, constituidas por una serie más o menos amplia de enunciados relativos a circunstancias de hecho que afirman la verdad o falsedad de los mismos¹⁰⁸. El conjunto de esos enunciados presupone una situación de hecho y selecciona algunos aspectos de la misma que las partes consideran relevantes; obviamente, la situación de hecho no es descrita completamente por aquel conjunto (lo que, además de innecesario, resultaría imposible), pero sí es individualizada —de forma más o menos sumaria y parcial— sobre la base de algunos de sus aspectos que se consideran importantes.

A pesar de la *genericidad* y las lagunas que puede presentar, esta individualización del «hecho» sirve, en cualquier caso (al menos tendencialmente), para conjeturar la aplicabilidad de una norma al caso concreto. Esto es lo que realizan las partes en sus alegaciones (haciendo eventualmente referencia a normas distintas) y lo que realiza el juez en el momento en que —como suele decirse— determina el *nomen iuris* correcto a atribuir a la relación controvertida.

Se ponen así en evidencia dos «tipos» de hecho: el primer tipo está representado por las circunstancias del mundo material sobre las que versan las alegaciones; el segundo tipo está representado por el «supuesto de hecho» delineado por la norma que se conjetura aplicable. El primer tipo de «hecho» consta de enunciados que versan sobre eventos concretos y particulares que se sostiene que han ocurrido con ciertas modalidades materiales. El segundo tipo de «hecho» consta de una identificación realizada en términos generales, es decir, referida a una clase o categoría de hechos: se trata de un criterio de atribución de relevancia jurídica y, por tanto, de *selección* de las circunstancias fác-

107. Todo ello remite a un tema extremadamente complejo que no puede ser afrontado aquí: la naturaleza y los requisitos de las alegaciones de los hechos en la demanda y la contestación, así como sus efectos y el eventual régimen de preclusiones relativas a aquellas alegaciones. Sobre la función de la alegación de los hechos v., entre lo más reciente, Comoglio, *Allegazione*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sez. Civile*, vol. I, Torino, 1987, pp. 272 ss. Cf. además, Cerino Canova, *Commento agli artt. 163-174 cod. proc. civ.*, en *Commentario al Codice di procedura Civile* dirigido por E. Allorio, cit., 2.1, p. 277 de la separata, e Id., *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, *ivi*, pp. 129 ss. de la separata; Cappelletti, *op. cit.*, I, pp. 48 ss., 77 ss., 318 ss., 339 ss.

108. Cf. Comoglio, *op. cit.*, p. 274.

ticas que asumen significado a los efectos de la eventual aplicación de la norma.

Este criterio de selección es aplicado por el juez al conjunto de enunciados relativos a los hechos empíricos que constituyen el contenido de las alegaciones iniciales¹⁰⁹. Puede suceder que esta operación no produzca resultados, es decir, que ninguna circunstancia alegada se corresponda con la definición general contenida en la norma: en este caso, aquella norma no es aplicable a esa situación de hecho y resulta necesario conjeturar la aplicación de otra norma. En cambio, si aquella operación tiene resultados positivos, significa que en la situación alegada existen hechos jurídicamente relevantes según aquella norma. Se trata, precisamente, de los hechos principales de los que se ha hablado anteriormente¹¹⁰.

En realidad, se trata sólo de *conjeturas* acerca de la situación de hecho y de la posible aplicación de una norma a esa situación: los hechos concretos son únicamente alegados, es decir, «afirmados» como verdaderos, pero no han sido todavía «determinados» como verdaderos. Las operaciones recién descritas son útiles precisamente para establecer qué hechos deben ser probados en juicio para que la controversia pueda ser decidida según aquella norma específica.

En un primer sentido, entonces, el «hecho principal» equivale, en realidad, a la conjetura de que en la situación alegada hay circunstancias potencialmente idóneas para producir los efectos previstos por la norma que se ha usado como criterio de selección y calificación.

En un segundo sentido, el «hecho principal» equivale a la conjetura verificada, es decir, a la situación que se obtiene como resultado de la decisión cuando ese hecho está probado (esto es, cuando la correspondiente afirmación está confirmada por las pruebas). En ese sentido, el hecho principal opera como presupuesto de la decisión en el derecho.

Planteado el hecho principal como hipótesis de decisión a verificar mediante las pruebas, la atención puede volverse hacia las otras circunstancias que componen la situación alegada o que, de algún modo, están vinculadas con ella. Esas circunstancias no pueden ser analíticamente predeterminadas, ni son tampoco predeterminables, ya que nin-

guna situación de hecho puede ser descrita completamente (a causa de la descomponibilidad tendencialmente ilimitada del mundo)¹¹¹. Sin embargo, se recurre a ellas cuando resulta necesario, individualizándolas en cada caso según criterios de utilidad y significación.

Respecto a este conjunto indeterminado y eventual de circunstancias, la hipótesis sobre el hecho principal puede funcionar a su vez como criterio de selección. Es decir, puede suceder que entre las circunstancias de la situación haya algunas que, una vez conocidas o determinadas como verdaderas, puedan ser empleadas como premisas de inferencias cuya conclusión verse sobre la existencia o inexistencia del hecho principal¹¹². La selección se realiza, pues, sobre la base de la hipótesis de que este hecho exista, por medio de los criterios de formulación de posibles inferencias (o bien, inversamente, supuesta una circunstancia se trata de ver si existe una posible inferencia que concluya diciendo algo sobre el hecho principal). Si la selección tiene algún resultado positivo, se habrá identificado una circunstancia de hecho que será *lógicamente relevante* para la determinación del hecho principal y que, por tanto, podrá ser usada como elemento para la prueba inferencial de este último¹¹³. Las circunstancias de hecho que presentan esas características se denominan «hechos secundarios». Respecto de ellas, debe observarse que se trata de una categoría que es homogénea sólo negativamente, es decir, únicamente en la medida en que comprende hechos no principales: a ese nivel, en efecto, queda indeterminado el tipo de inferencia que califica al hecho secundario como posible elemento de prueba. Queda, pues, entre paréntesis la posible *variedad de los hechos secundarios*, que puede determinarse, por ejemplo, en función de la diversa incidencia que éstos pueden tener sobre la prueba del hecho principal (es decir, en función de la distinta eficacia probatoria de esos hechos, que, a su vez, está vinculada con los distintos tipos de inferencias probatorias que aquéllos permiten formular).

Queda aún una ulterior categoría de «hechos», en la que se incluyen todas aquellas circunstancias que pertenecen empírica o históricamente a la situación de hecho controvertida, pero que —sobre la base de los criterios aplicados— resultan jurídica o lógicamente irrelevantes, dado que no integran ningún hecho principal y tampoco resultan

109. Pueden verse análisis detallados de este aspecto del juicio en Hruschka, *op. cit.*, pp. 46 ss., 58 ss.; Holdcroft, *op. cit.*, pp. 127 ss.; Zuckerman, *Relevance in Legal Proceedings*, en *Facts in Law*, cit., pp. 145 ss. V. también Taruffo, *Studi*, cit., pp. 46 ss., 52 ss.; Varga, *The Mental Transformation*, cit., pp. 63 ss.; Id., *The Non-cognitive Character*, cit., pp. 6 ss.

110. Sobre las modalidades de determinación de la relevancia jurídica del hecho v., más ampliamente, *supra*, apartado 2.1, además de las referencias indicadas en la nota precedente.

111. V., *supra*, apartados 2.1 y 2.3.

112. Sobre la estructura lógica y la tipología de estas inferencias v., más ampliamente, *infra*, capítulo III, 3 y 4; capítulo V, 2, 3 y 4.

113. Sobre la relevancia lógica cf. Taruffo, *Studi*, cit., pp. 23 ss., 54 ss., 128 ss., 163 ss., 247 ss.; Pizzi, *op. cit.*, pp. 13 ss.

útiles a los efectos probatorios que caracterizan el hecho secundario. Precisamente porque son irrelevantes, estas circunstancias no están destinadas a desarrollar papel alguno en la decisión de la controversia y, por esta razón, normalmente no son tomadas en cuenta¹¹⁴.

En cambio, parece evidente que esta última categoría de «hechos» debe ser tomada en cuenta, al menos, para un análisis fáctico completo de la controversia. Su irrelevancia, en efecto, es estrictamente relativa a los criterios de relevancia que se usan en el análisis y en la construcción del «caso»: basta conjeturar la aplicación de una norma distinta a la misma situación de hecho para encontrar la posibilidad de que una circunstancia que de otro modo era irrelevante pase a ser calificada como «hecho principal» o desarrolle el papel de «hecho secundario» relevante en el plano probatorio. En un cierto sentido, se puede decir entonces que el conjunto indeterminado y residual de las circunstancias irrelevantes es, en realidad, una especie de «reserva de hechos» potencialmente relevantes, a la que se puede recurrir (o que, en cualquier caso, entra en juego) en el momento en que se da un cambio en el criterio de relevancia, es decir, en la norma que se usa como sistema de referencia para el análisis del caso concreto.

Resulta intuitivo, por otra parte, que la clasificación que ha sido trazada (supuesto de hecho abstracto — hecho principal — hecho secundario — hecho irrelevante) debe ser entendida en sentido dinámico una vez que se sitúa en el contexto del proceso. Por un lado, en efecto, la clasificación puede presentarse en distintas versiones y, por tanto, con distintos contenidos en cuanto a los hechos calificados como jurídica y lógicamente irrelevantes, desde el punto de vista del actor, del demandado y del juez. En este sentido, se puede decir que la identificación de los hechos en el proceso deriva de una suerte de síntesis de las distintas versiones que aquella puede tener: dado que la versión final y «definitiva» es aquella que el juez adopta en su decisión, ésta es en realidad el resultado final de una compleja dinámica que en el curso del proceso asume distintos enfoques (en todo o en parte, según los

114. Obsérvese que esta categoría puede incluir indistintamente hechos alegados y no alegados. En cuanto a los hechos alegados, se incluyen en la categoría examinada si resultan excluidos del conjunto de los hechos jurídicamente relevantes y también del conjunto de los hechos lógicamente relevantes. Su alegación produce que estén sujetos a los criterios de relevancia, pero esto no es obviamente suficiente para demostrar que son realmente relevantes (jurídica y lógicamente) para la decisión. En cuanto a los hechos no alegados, al no ser introducidos en el proceso quedan tendencialmente «más allá del horizonte» de los hechos que el juez toma en consideración; sin embargo, esos hechos existen en el mundo de las ocurrencias reales y forman parte en todo caso de la situación de hecho a la que el proceso se refiere.

casos) del problema del hecho¹¹⁵. Las tesis del actor y del demandado pueden divergir no sólo por ser de signo opuesto acerca de la misma versión de los hechos y de las normas aplicables, sino también — como sucede a menudo — porque cada una de ellas presente una versión distinta de la situación de hecho (sobre la base de la misma o de distintas hipótesis normativas de calificación de los hechos).

Por otro lado, también es necesario tener en cuenta que ninguna versión de los hechos, con sus respectivas calificaciones normativas, está dada *a priori* en el proceso y de una vez por todas. Como puede observarse fácilmente examinando el procedimiento de formación de la decisión, la relación hecho/norma es compleja y dinámica, y está sujeta a variaciones, ajustes y «concreciones» que dependen también de la lógica interna de esa relación y de las elecciones que su formulación implica, además de la propia dinámica del proceso¹¹⁶.

Otro tipo de problemas se refiere al hecho de que la clasificación mencionada, y también la distinción entre hecho principal/hecho secundario que en ella se incluye, no siempre se presenta (o es aplicable) de forma clara y completa.

Por un lado, puede suceder que el supuesto de hecho abstracto esté indeterminado en uno o más de los elementos que sirven para calificar en términos generales el hecho jurídicamente relevante. Esto no significa que la norma no pueda funcionar como criterio de individualización de los «hechos principales», pero implica que lo haga a través de una operación en la que las elecciones del juez, y también las peculiaridades de la situación concreta, tienen un papel mucho mayor respecto a los casos en los que la norma determina el supuesto de hecho de forma explícita, clara y completa¹¹⁷.

Por otro lado, puede suceder que el «hecho principal» esté individualizado sólo formalmente pero no en términos de correspondencia concreta y efectiva con hechos empíricos pertenecientes a la situación controvertida. En algunas hipótesis, por ejemplo, el «hecho negativo»

115. Al respecto, cf. una vez más el análisis de Hruschka, *op. cit.*, *loc. ult. cit.*, y también Varga, *The Non-cognitive Character*, cit., pp. 2 ss., 5 ss., y *On Judicial Ascertainment*, cit., pp. 63 ss.

116. V., *supra*, apartado 2.1, también para otras referencias.

117. El supuesto más evidente es aquel en el que hay normas que contienen cláusulas generales, conceptos indeterminados o estándares. Sobre los problemas de la decisión en esos casos cf. Taruffo, *La giustificazione delle decisioni fondate su standards*, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1989, pp. 161 ss.; Wróblewski, *Les standards juridiques: problèmes théoriques de la législation et de l'application du droit*, en *Droit prospectif. Cahiers de Méthodologie Juridique* 4, 1988, pp. 847 ss.; Orianne, *Les standards et les pouvoirs du juge*, *ivi*, pp. 1037 ss.; Pinard, *Le droit et le fait dans l'application des standards*, *ivi*, pp. 1069 ss.

o el «hecho complejo» no son determinables directamente como eventos específicos pertenecientes a la realidad empírica del mismo modo en que esto sucede para el hecho simple y positivamente determinado. En estos casos, el hecho jurídicamente relevante es únicamente individualizable (al menos en parte) como esquema formal, como enunciación no directamente descriptiva de un correlato empírico específico. El hecho principal es individualizado más bien realizando una especie de síntesis entre el supuesto de hecho abstracto definido por la norma en términos generales y las consecuencias derivables de otros hechos que pueden ser asumidas como premisa: se podrá decir que el hecho principal «existe», incluso si no es, en realidad, un evento concreto empíricamente determinado, si, y en la medida en que, esas premisas se correspondan con el esquema abstracto de la norma¹¹⁸.

En casos de este tipo la distinción elemental entre hecho principal y hecho secundario entra en crisis y puede acabar resultando más molesta que útil. ¿El evento que no está determinado por la norma pero está sujeto a la valoración que aquélla prevé (por ejemplo un hecho X, definido como contrario a las buenas costumbres) es un hecho principal o secundario? Probablemente se definirá como principal, porque es objeto de prueba y no sirve para probar otro hecho, pero entonces estamos ante un hecho principal que no es directamente calificado como tal por una norma¹¹⁹. ¿Los eventos que constituyen el inicio y el fin de los veinte años de posesión de un bien son hechos principales o secundarios? ¿Son principales, en la medida en que son «partes» del supuesto de hecho posesorio, o secundarios, en cuanto que a partir de ellos se puede derivar la duración intermedia de la posesión, o son ambas cosas (es decir, en realidad, ninguna de ellas)? Del mismo modo, ¿el daño sufrido por algunos sujetos a causa de un evento desastroso¹²⁰ forma parte del «hecho principal» o es también un hecho secundario, porque sirve para probar el hecho principal, o más bien es «principal» para algunos sujetos y «secundario» para otros?

La ejemplificación podría continuar, pero estos pocos supuestos son probablemente suficientes para mostrar que también la distinción tradicional entre hecho principal y hecho secundario es en realidad aplicable sólo si se parte de la hipótesis del hecho simple, clara y positivamente determinado; en cambio, pierde toda eficacia heurística y

descriptiva a medida que se aleja de esta hipótesis para afrontar situaciones más complejas.

Por último, vale la pena subrayar que lo que resulta excluido por la aplicación de los criterios de relevancia jurídica y lógica tampoco es, en realidad, absolutamente indiferente respecto del proceso. Por un lado, como ya se ha dicho, circunstancias irrelevantes pueden convertirse en relevantes cuando por alguna razón cambia el criterio mediante el que se establece la relevancia. Dado que estos criterios son distintos en las diversas versiones del «caso» que surgen en el proceso y pueden, además, variar dentro de la misma perspectiva respecto de la controversia, resulta que la categoría de las circunstancias irrelevantes es una categoría «móvil» y de ninguna manera «vacía». Por otro lado, también hay que tener en cuenta que forman parte de esta categoría numerosas circunstancias que no son irrelevantes porque carezcan de interés para el caso, sino sólo porque (y en la medida en que) son consideradas como presupuestos obvios y no discutidos o como asunciones de fondo que se sitúan en el *background* de los hechos que están en discusión. Así, por ejemplo, aunque en el momento y en el lugar en que ocurrió un evento había temperatura, puede suceder que ésta sea irrelevante. Que esto sea así quiere decir simplemente que se presume que la temperatura era «normal» y que no incidió de ningún modo en la ocurrencia del evento. Sin embargo, basta poner en duda una de estas asunciones implícitas para volver problemática, y por tanto relevante, la circunstancia en cuestión.

Del mismo modo, hay muchas premisas generales implícitas que se sitúan —por decirlo así— «en el fondo» de los hechos relevantes y que no entran, por tanto, directamente en la reconstrucción del supuesto de hecho aunque están en la base del mismo. Se trata de cuestiones de la naturaleza más variada, como las que se refieren a la existencia y a la continuidad del mundo físico y la posibilidad de percibirlo, la «normalidad» de los comportamientos más diversos, nociones arquetípicas relativas a los más diversos objetos, etc.¹²¹. Así, se consideran circunstancias irrelevantes muchísimos factores cognoscitivos, conceptos, nociones y perspectivas culturales que, en realidad, son indispensables para cualquier reconstrucción de un hecho pero que no están «en primer plano» únicamente porque (y en la medida en que) no se ponen en discusión. Se trata de lo que podríamos denominar el contexto implícito de la reconstrucción del hecho, que determina su modalidad y presupuestos incluso si no es explicitado y problematizado. Esto mues-

118. V., *infra*, apartado 5.3.

119. Sobre los hechos valorativamente determinados y sus respectivos problemas v., *infra*, apartado 3.

120. Para este supuesto de «hecho colectivo» v., *infra*, apartado 5.2.

121. Sobre el papel de estas conjeturas sobre la realidad v. Villa, *Teorie della scienza giuridica*, cit., pp. 207 ss.

tra, por si aún fuera necesario hacerlo, que la noción de relevancia y, especialmente, la de irrelevancia, son intrínsecamente relativas y variables en función de cómo se define la naturaleza y el horizonte del problema de la determinación del hecho en el proceso.

3. *La identificación valorativa del hecho.*—Una de las formas más importantes de individualizar el hecho por parte de las normas consiste, para usar la definición de Wróblewski, que ha analizado particularmente este fenómeno, en la «identificación valorativa» del hecho¹²². Ésta se produce cuando la prótasis de la norma no se define usando términos «descriptivos» o «fácticos», o no sólo mediante estos términos, sino apoyándose en el uso de términos «valorativos».

Esto presupone evidentemente que se acepta la discutida distinción entre hecho y valor y, por tanto, entre descripción y valoración, no sólo en el plano ontológico sino también en el lógico y el lingüístico¹²³. Las razones para aceptar esta distinción (y los argumentos para rechazarla) no pueden ser discutidas aquí, aunque sólo sea porque se trata de un problema que va mucho más allá de los objetivos de este análisis¹²⁴. En todo caso, puede ser empleada como instrumento heurístico, es decir, a los efectos de destacar algunas peculiaridades de una forma particular de individualización del «hecho».

La forma más elemental mediante la que una norma determina valorativamente un hecho consiste en no configurarlo como jurídicamente relevante en sí mismo, sino sólo en la medida en que se sitúe en un contexto —determinado o indeterminado— de valores. La relevancia jurídica del hecho depende esencialmente de su valoración, como sucede, por ejemplo, cuando se habla de «daño grave», de «justa causa», de «conducta reprobable», de «administración correcta», de «convivencia intolerable», etc.

Resulta fácil señalar, frente a normas que vinculan consecuencias jurídicas a «hechos» así definidos, que postulan algo más que la pura y

122. Cf., principalmente, Wróblewski, *Facts in Law*, en Id., *Meaning and Truth*, cit., pp. 108 ss. Sobre la incidencia de los juicios de valor en la determinación del hecho v. también Taruffo, *Value Judgments in the Judgment of Fact*, en *Archivum Juridicum Cracoviense* XVI, 1985, pp. 45 ss.

123. Para una reformulación del problema cf. Putnam, *Razón, verdad e historia*, cit., pp. 132 ss., 199 ss. Id., *Realismo e relativismo concettuale: il problema del fatto e del valore*, en *Livelli di realtà*, cit., pp. 39 ss.

124. Es suficiente aquí con adherirse a las argumentaciones desarrolladas por Scarpe-lli en *Etica senza verità*, Bologna, 1982, especialmente pp. 97 ss., 115 ss. Cf. en cualquier caso también Carcaterra, *Il problema della fallacia naturalistica*, Milano, 1969, y, entre lo más reciente, sobre la «gran división», la síntesis de Jori y Pintore, *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino, 1988, pp. 154 ss.

simple existencia de un hecho en el sentido propio del término. Postulan, en realidad, la existencia de hechos, comportamientos o estados de cosas (el daño, la conducta, la administración, la convivencia), pero vinculan su relevancia jurídica al resultado de una valoración¹²⁵. No cualquier daño es relevante sino sólo el daño «grave»; no importa la convivencia por sí misma, sino su carácter de «intolerable», etc.

En casos como éstos, decir que existe el hecho al que la norma atribuye determinadas consecuencias jurídicas significa realizar una enunciación *compleja*, ya que, en realidad, está formada de dos enunciaciones: una de ellas afirma que el hecho ha ocurrido, la otra, que ese hecho tiene un cierto valor según un apropiado criterio de valoración¹²⁶. Así, por ejemplo, una afirmación que se ha producido un cierto daño, y otra que ese daño es grave.

Esta distinción tiene una importancia decisiva desde el punto de vista de la individualización de aquello que constituye el objeto de la prueba. Si es verdad que la prueba versa sobre hechos, esto significa que, en realidad, tiende a establecer la verdad o falsedad de proposiciones que describen hechos¹²⁷; pero esto significa también que no puede establecer o «demostrar» juicios de valor acerca de hechos. Ciertamente, una cosa es probar que el hecho (el «daño») se ha producido realmente y otra es establecer que se trata de un daño grave.

En otras palabras, sólo puede ser objeto de prueba la enunciación *descriptiva* referida a la existencia de una determinada ocurrencia, no así la enunciación *valorativa* que califica esa ocurrencia de una determinada forma.

Aquello que puede y debe ser probado es que, en determinadas circunstancias, se ha producido un daño; además, dado que la valoración requerida por la norma es de tipo cuantitativo, puede y debe ser probado el monto del daño. Por decirlo así, el objeto de prueba es la *base empírica* de la valoración conjeturada por la norma, es decir, el «hecho material» que no ha sido aún sometido a valoración. Para poder decir que se ha producido un daño grave es necesario establecer (y éste es un problema de prueba) que Ticio ha sufrido en el caso en cuestión un daño de 1.000¹²⁸; y siendo éste el «hecho» probado, el juez

125. Cf. Wróblewski, *op. ult. cit.*, pp. 112 s.

126. Cf. Wróblewski, *ibid.*

127. V., *supra*, apartado 2.3.

128. Obviamente, también la determinación monetaria de la cantidad del daño implica una valoración según una determinada escala de valores. La cantidad en cuestión puede considerarse, no obstante, «objetivamente determinada», al menos a los efectos del discurso que se desarrolla en el texto, ya sea porque puede ser el resultado de parámetros relativamente fijos (como, por ejemplo, los índices ISTAT para la desvaloriza-

deberá posteriormente establecer si un daño de 1.000 es o no grave según algún parámetro aceptable de referencia (y éste es un problema de «juicio de valor» que el juez formula sobre el hecho previamente determinado).

La distinción entre enunciado descriptivo (que individualiza el objeto de la prueba) y enunciado valorativo (que implica la valoración del hecho probado) es esencial para analizar la complejidad de la determinación valorativa del hecho por parte de las normas y para distinguir dentro de ella lo que pertenece y lo que es extraño a la problemática de la prueba de los hechos.

Por otra parte, la determinación valorativa del hecho produce algunos problemas ulteriores, que vale la pena reseñar aquí, aunque sólo sea con el objetivo limitado de delinear su incidencia sobre la individualización del hecho destinado a constituir un posible objeto de prueba.

Un primer tipo de cuestiones está referido al juicio de valor implicado por la norma en el momento en que ésta define su propia prótasis y a las consecuencias que éste tiene sobre la identificación del hecho.

Por un lado, es útil recordar que todo juicio de valor, entendido en sentido racional, es relativo a un sistema de valores que es asumido como base y contexto de valoración y que constituye la premisa para una posible justificación del juicio de valor¹²⁹. Los sistemas de valores (o incluso, si se quiere, los parámetros valorativos no sistematizados) son, obviamente, diversos, de forma que parece evidente que la valoración implicada por la norma puede tener resultados distintos, aun siendo idéntico el hecho determinado, en función del parámetro (o del sistema) de valoración que se aplique.

ción), ya sea porque puede ser probada, por ejemplo, mediante documentos o establecida con medios y criterios «técnicos», por ejemplo, mediante un dictamen técnico. [Los índices ISTAT eran tablas elaboradas anualmente por el Instituto nacional de estadística italiano sobre las tasas de desvalorización de la lira. Estas tablas se usaban normalmente para determinar la «revalorización» de los créditos, que se añadía a los intereses legales. Además, según lo establecido por el artículo 150 disp. att. cod. proc. civ. it., en las causas laborales el juez debe usar esas tablas para «revalorizar» el monto de los créditos del trabajador. *N. del T.*]

129. La tesis de fondo que aquí se asume como válida, obviamente sin discutirla detalladamente, es que los juicios de valor pueden ser justificados mediante argumentaciones racionales o, al menos, razonables. Sobre esta tesis y sobre la estructura lógica de la justificación de los juicios de valor v., en particular, Peczenik, *Why Should Value Statements Be Rational?*, en *Reason in Law*, I, cit., pp. 107 ss. Cf., además, Aarnio, *op. cit.*, pp. 204 ss.; Wróblewski, *Justification through Principles and Justification through Consequences*, en *Reason in Law*, cit., pp. 132 ss.; Jørgensen, *Motive and Justification in Legal Decision-Making*, *ivi*, pp. 335 ss.; Larenz, *op. cit.*, p. 276 [tr. cast., *op. cit.*, p. 286]; Taruffo, *Value Judgements*, cit., pp. 49 ss.

En este sentido, una variable de crucial importancia está constituida por la actitud y las elecciones de quien típicamente formula las valoraciones en cuestión, es decir, del juez. Más allá de la teórica pluralidad de los parámetros o sistemas de valor que, en abstracto, podrían referirse al hecho específico, su valoración concreta depende del parámetro que el juez adopte a los efectos de establecer si, dado el hecho *H*, éste tiene o no el valor *V* que la norma pone como condición para su relevancia jurídica. En el contexto de esta «elección del criterio de valoración» destaca, por ejemplo, el hecho de que el juez decida aplicar los parámetros difundidos en un determinado ambiente social o bien decida aplicar los criterios de valoración que él mismo considere justos o, por último, considere oportuno aceptar las valoraciones de otros sujetos específicos (por ejemplo las partes)¹³⁰. Esta elección es decisiva porque a menudo las normas que identifican valorativamente los hechos no establecen a qué sistema o parámetro de valor debe remitirse el juez para valorar el hecho. Obviamente, esto no significa que siempre, en todo caso concreto, el juez sea completamente libre de escoger el sistema de valores con el que orientar sus propias valoraciones, ya que también entran en juego otros criterios y factores determinantes en el plano de las elecciones de los valores a emplear como parámetros de juicio¹³¹. Lo anterior no quita que a menudo la norma que identifica valorativamente un hecho sea «abierta» y deje «en blanco» precisamente la individualización del parámetro valorativo que el juez debe aplicar para valorar el hecho en el caso concreto¹³².

Hay, sin embargo, un aspecto bajo el cual estas normas inciden en la identificación del hecho por la forma en que configuran su valoración. En resumen, el *tipo* de valoración al que aquéllas hacen referencia (incluso si el parámetro valorativo queda «en blanco») determina las características (o, al menos, algunas de ellas) que el «hecho probado» deberá tener. Volvamos al ejemplo del daño grave. Normalmente, las normas que se refieren a la gravedad del daño no especifican el parámetro sobre la base del cual deberá ser valorada, de forma que el

130. Para un análisis de estas diversas posibilidades cf. Taruffo, *La giustificazione*, cit., pp. 161 ss., e *ivi* ulteriores referencias.

131. Queda siempre la obligación del juez de justificar su propia valoración, haciéndola controlable desde el exterior, es decir, enunciando explícitamente las razones que la justifican. Sobre las formas de esta justificación y sus respectivos problemas v. la referencia indicada en la nota precedente.

132. Son de este tipo, en efecto, casi todos los ejemplos de normas «vagas»: v. un amplio y significativo elenco en Luzzati, *La vaghezza delle norme*, cit., pp. 299 ss. Para la definición de la «vaguedad socialmente típica» que afecta precisamente a los términos valorativos empleados por las normas v., *ibid.*, pp. 302 ss.

juez tiene al respecto un cierto margen de elección (por ejemplo, entre hacer referencia a las condiciones específicas del sujeto dañado o a criterios «medios» de valoración existentes en un determinado ambiente social en un cierto momento)¹³³. Sin embargo, esas normas determinan el *tipo* de valoración, que, en el caso del daño, resulta ser *cuantitativa*, dado que la «gravedad» se sitúa en una escala de valores de cantidad (al menos en un sistema que conceda derecho al resarcimiento únicamente por el daño económicamente valorable y, por tanto, en el ámbito de un sistema axiológico específico)¹³⁴. Esto importa también a los efectos de la individualización del hecho que ha de ser probado porque lleva a identificar al menos una característica que el hecho debe tener para poder ser valorado en el sentido establecido por la norma: esta característica es la cantidad, la *medida* del daño¹³⁵. Es obvio, en efecto, que sólo un daño cuantificado puede ser considerado «grave» según algún parámetro cuantitativo; a un daño (efectivamente existente pero) no cuantificado no podrá serle aplicada la norma que presupone un daño *grave*.

Tomemos en consideración una vez más el ejemplo de las «convivencia intolerable», dejando por ahora entre paréntesis *de quién* son los criterios en función de los que hay que valorar la intolerabilidad (de la sociedad, del juez, del cónyuge que solicita la separación)¹³⁶. Está claro que el *tipo* de valoración que se conjetura es determinante a los efectos de establecer qué hechos deben ser probados. Por un lado, la valoración de intolerabilidad debe referirse a una base fáctica específica, dado que de otra forma sería una actitud moralista carente de contenidos concretos; pero, por otro lado, es también claro que el hecho a probar no puede ser toda la convivencia entre los cónyuges, en su desarrollo temporal y con la infinidad de hechos, eventos y circunstancias de los que está compuesta. Al respecto, es necesario un *criterio de selección* que permita establecer cuáles de estos hechos deben ser pro-

133. Sobre los problemas relativos a la elección de los criterios con los que integrar la valoración «vaga» v., ampliamente, Luzzati, *op. ult. cit.*, pp. 319 ss., 322 ss., 325 ss., y Taruffo, *op. ult. cit.*, pp. 161 ss., 168 ss.

134. Sobre los problemas inherentes a la individualización del daño resarcible v., en particular, Salvi, *La responsabilità civile*, I, Perugia, 1988, pp. 43 ss., y la documentación incluida *ivi*, III, pp. 1 ss., 12 ss., 374 ss.; Busnelli, *La parabola della responsabilità civile*, en *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, pp. 643 ss., 650; Castronovo, *Le frontiere nobili della responsabilità civile*, *ivi*, 1989, pp. 539 ss.; Manuali, *Problemi di risarcimento del danno non patrimoniale nella giurisprudenza*, *ivi*, 1988, pp. 167 ss.

135. V., *supra*, nota 129.

136. Para un análisis de este ejemplo, cf. Taruffo, *op. ult. cit.*, p. 168; McCormick, *On Reasonableness*, en *Les notions à contenu variable en droit*, pub. por Ch. Perelman y R. van der Elst, Bruxelles, 1984, pp. 141 ss.

bados por ser relevantes a los efectos de la eventual aplicación de la norma: este criterio es evidentemente la intolerabilidad. Así, el «hecho» está constituido por el conjunto de circunstancias específicas (no directamente identificadas por la norma) que, si son probadas, pueden hacer considerar como intolerable la convivencia de los cónyuges según algún parámetro de intolerabilidad. En resumen, es el *tipo de valoración* al que la norma se refiere el que determina qué hechos (o qué circunstancias específicas de un hecho complejo) deben ser probados para que una norma sea aplicable, y no la valoración concreta (que será formulada por el juez sobre los hechos determinados según los parámetros valorativos que el propio juez escoja). Es obvio, en efecto, que una convivencia no puede ser considerada intolerable si no emerge de ella circunstancias de hecho que le hagan aplicable algún criterio de intolerabilidad. Si faltan estas circunstancias se podrá decir que esa convivencia es «tolerable», en el sentido de que «no es intolerable», esto es, en el sentido de que no puede ser valorada como tal según criterios de intolerabilidad. Son precisamente esos criterios, en cambio, los que indican qué *tipos* de circunstancias deberían emerger para que se disponga de la «base de hecho» sobre la que realizar la valoración requerida por la norma.

La situación en este caso es distinta de la que se presentaba para el caso del «daño grave», donde la referencia a la gravedad permitía individualizar bastante unívocamente la medida del daño como característica relevante del hecho. Aquí, la individualización de aquello que puede hacer intolerable una convivencia es una operación mucho más compleja y vinculada a las peculiaridades, incluso subjetivas, del caso concreto. Ambas situaciones, sin embargo, ejemplifican, precisamente porque son distintas, la pluralidad de formas en las que el tipo de valoración al que la norma se refiere incide sobre la individualización específica del hecho que debe ser probado. Esta valoración, en realidad, constituye una suerte de término medio entre el hecho empírico y el supuesto de hecho configurado por la norma y funciona como criterio de relevancia jurídica del hecho, dado que el hecho empírico es asumido en el supuesto de hecho normativo *en la medida* en que es valorado según ciertos parámetros axiológicos. Se trata, pues, de un criterio de calificación del hecho que asume una importancia particular por su peculiar naturaleza (valorativa), pero que precisamente en la medida en que es un criterio de calificación opera como parámetro de individualización de los hechos empíricos que deben ser probados para que la norma sea aplicable al caso concreto.

Un segundo tipo de problemas, ya evocado en parte en las consideraciones anteriores, deriva del hecho de que las normas que individua-

lizan valorativamente sus propios presupuestos de hecho lo hacen de formas muy distintas.

Algunas veces, en efecto, la norma individualiza directamente, además del tipo de valoración aplicable al hecho, también el hecho empírico sujeto a valoración. Esto es lo que sucede, por ejemplo, en el caso del «daño grave», de la «velocidad excesiva», de la «administración correcta», etc. Obviamente, estas normas pueden crear problemas de interpretación respecto de la individualización del hecho y de las circunstancias empíricas que en cada caso pueden ser calificadas como «daño» o como «administración», ya que —entre otras cosas— se trata habitualmente de hechos evidentemente *law-laden*¹³⁷. A pesar de ello, con todos estos límites y problemas, esas normas indican de forma bastante explícita el tipo de hecho que, una vez valorado según ciertos parámetros axiológicos, constituye el presupuesto de su aplicación¹³⁸. Esto no sucede, en cambio, en muchos otros casos, en los que la norma se refiere a la «base empírica» de la valoración de un modo mucho más indirecto y, por tanto, indeterminado. En el ejemplo ya considerado de la «convivencia intolerable» hay, en efecto, una referencia a un conjunto de circunstancias empíricas (la convivencia entre los cónyuges), pero esto no es por sí mismo suficiente para determinar qué hechos deben ser probados: como ya se ha destacado, es inútil probar simplemente que la convivencia se ha producido, como lo es también probar alguna de sus modalidades escogida aleatoriamente. Es decir, no es posible establecer qué hecho debe probarse haciendo exclusiva referencia a la convivencia. Es la referencia a la intolerabilidad lo que resuelve el problema, en el sentido de que resultan relevantes a los efectos de la norma aquellos aspectos (aquellos hechos) de la convivencia que pueden inducir a considerarla intolerable. De esta forma, por otra parte, se identifica un criterio de relación que permite extraer circunstancias relevantes a partir de un conjunto complejo, indeterminado y caótico de eventos que forman la convivencia entre los cónyuges. Sin embargo, la norma no determina directamente cuáles son esas circunstancias, e indirectamente lo hace sólo a través del criterio valorativo de selección. Hay, pues, un *elemento de indeterminación* de la norma que afecta a la valoración pero que se refleja también sobre la individualización de la base empírica (del «hecho») sujeta a valoración. Esto sig-

137. Sobre este aspecto del «hecho» v., *supra*, apartado 2.2.

138. Se puede hablar en esos casos de «vaguedad común» (según la definición de Luzzati, *op. ult. cit.*, pp. 303 ss., 353 ss.) en la medida en que afecta también a los términos descriptivos empleados en la norma, en la que, sin embargo, se indican de modo bastante claro los parámetros de valoración.

nifica que aumenta el grado de «apertura» de la norma respecto de la individualización del hecho y que, en consecuencia, asume mayor peso la operación de «reducción de la vaguedad» destinada a realizarse en el proceso, por obra de las partes, y en la decisión, por obra del juez¹³⁹.

El mismo discurso es válido para los casos en los que la norma no prevé siquiera una identificación vaga del hecho objeto de valoración, usando, en cambio, la técnica de la identificación indirecta, sobre la base de los efectos valorativos negativos (o —a veces— positivos) que «algo» produce. Esto es lo que sucede siempre que se individualiza el supuesto de hecho en función de su «contrariedad» con un valor o un sistema de valores, como, por ejemplo, en el caso de los «actos contrarios a las buenas costumbres», de las «conductas antisindicales», etc. En casos como éstos, la individualización se hace sólo por referencia al criterio valorativo (las buenas costumbres, los derechos e intereses de las organizaciones sindicales), pero no hay identificación alguna, siquiera vaga, referente al «hecho» que puede ser valorado negativamente: en realidad, cualquier «acto» puede ser contrario a las buenas costumbres y cualquier «conducta» puede ser antisindical. Este «acto» y esta «conducta» no importan en sí mismos por alguna característica intrínseca, sino sólo en cuanto producen una consecuencia consistente en la violación de un «valor». En resumen, se puede identificar el hecho relevante para la aplicación de la norma sólo por el efecto producido, dado que cualquier hecho idóneo para producir ese efecto puede ser, *por esa única razón*, relevante.

El carácter indeterminado del supuesto de hecho resulta máximo en las normas que enuncian o emplean los denominados «conceptos jurídicos indeterminados». Al respecto, normalmente se destaca, y suscita la mayoría de análisis y discusiones, el carácter «abierto» del criterio valorativo (del estándar) incluido en la cláusula general y el problema que afecta a la individualización de los parámetros valorativos necesarios para la aplicación de la norma. Se plantea, pues, a qué sistema de valores o conjunto de reglas puede o debe recurrir el juez para establecer qué es la «buena fe», las «buenas costumbres», la «diligencia normal», la «diligencia del buen padre de familia», etcétera¹⁴⁰.

139. Sobre las modalidades de «reducción de la vaguedad» v., en general, Luzzati, *op. ult. cit.*, pp. 83 ss., 319 ss.

140. Sobre estos problemas la literatura es inmensa, por lo que no es posible ofrecer indicaciones bibliográficas exhaustivas. Para referencias a la literatura reciente v. Luzzati, *op. ult. cit.*, pp. 305 ss.; Taruffo, *op. ult. cit.*, pp. 151 ss.; Rodotà, *Il tempo delle clause generali*, en *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, pp. 709 ss. V., además, los ensayos recogidos en *Droit prospectif*, cit., Cahier n. 3, *Les standards*, pp. 813 ss.

Sin embargo, aquí resulta de mayor interés otro aspecto de las normas que contienen conceptos jurídicos indeterminados: la *indeterminación del hecho*, aparte de la del criterio de valoración. Por un lado, se destaca que la misma cláusula general se puede presentar en situaciones muy distintas, lo que lleva ya a descartar que aquélla implique una identificación suficientemente unívoca del hecho: la buena fe está referida, por ejemplo, al proceso, a las negociaciones contractuales, a la calidad de adquirente, de acreedor, etc., y, del mismo modo, se habla también en muchas situaciones distintas de «diligencia normal». Esto es suficiente para descartar que los conceptos jurídicos, indeterminados en el aspecto valorativo, sean en cambio unívocos en su «significado fáctico»¹⁴¹.

Por otro lado, incluso si se toma en consideración la situación concreta a la que se refiere el concepto jurídico indeterminado, el «hecho» resulta igualmente indeterminado. La «posesión de buena fe» no indica por sí misma un hecho específico, y lo mismo vale para la «adquisición de buena fe»; actuar con la «diligencia normal» no identifica hechos específicos, del mismo modo que cualquier acto puede ser contrario a las buenas costumbres. En efecto, alguna indicación puede surgir del tipo de situación jurídica a la que el concepto jurídico indeterminado se refiere (la posesión, las negociaciones, el contrato, la posición de acreedor, de usufructuario, etc.), en el sentido de que todas estas situaciones se refieren a condiciones de hecho tendencialmente tipificadas. Pero esto no hace más que confirmar la tesis de que el concepto jurídico indeterminado habitualmente está tan «abierto» desde el punto de vista de la individualización del hecho como lo está desde el punto de vista de la individualización del criterio de valoración. Por otra parte, estos dos aspectos están vinculados entre sí —como ya se ha mencionado— en la medida en que a menudo es el tipo de valoración requerido por la norma el que funciona como criterio de selección de las circunstancias de hecho que pueden considerarse relevantes según esa norma. Así pues,

141. Parece evidente que la misma expresión que identifica el propio concepto jurídico indeterminado («buena fe», «diligencia normal») remite, en realidad, a significados fácticos distintos en los diversos supuestos de hecho normativos en los que es empleada. En efecto, varían los sucesos empíricos o los comportamientos materiales que integran la buena fe o la diligencia normal, o que suponen la violación de estos parámetros, en las distintas situaciones fácticas que se dan, por ejemplo, en las negociaciones contractuales, en la posesión, en la ejecución del contrato, etc. Está claro, por otra parte, que si el concepto jurídico indeterminado tuviese un único correlato empírico no se plantearían problemas de interpretación de las normas que lo contienen, pero, a la vez, el propio concepto jurídico indeterminado no serviría para nada y perdería la función que le es propia. En cambio, esos problemas surgen, y son particularmente complicados, porque incluso el significado fáctico (y no sólo el valorativo) de esos conceptos está particularmente indeterminado y es variable de un supuesto de hecho a otro.

resulta claro que cuanto mayor es la vaguedad del criterio de valoración (como sucede especialmente en los conceptos jurídicos indeterminados) mayor es también la indeterminación del hecho al que la norma es aplicable.

Debe precisarse, sin embargo, un punto en referencia específicamente a las normas que realizan una identificación valorativa del hecho. *Siempre y en cualquier caso* esas normas presuponen, para ser aplicadas, la existencia de hechos materiales que, por tanto, deben ser individualizados y probados como condición para la aplicación de la norma. Que ésta suponga una valoración no significa que excluya la determinación de la existencia de un hecho: es el hecho, en todo caso, lo que constituye el objeto de la valoración, de forma que sin aquél no puede siquiera darse el juicio de valor postulado por la norma¹⁴².

No parece, pues, sensato configurar supuestos de hecho en los que la norma se refiera a juicios de valor *pero no a hechos*¹⁴³. Incluso las normas extremadamente «abiertas» en cuanto a la identificación de los hechos (además de, eventualmente, en cuanto a la identificación de los parámetros valorativos) se refieren siempre a *hechos*, aunque su individualización pueda ser —como ya se ha visto— incierta y complicada porque la norma no los establezca directamente¹⁴⁴. En otros términos, es imposible sancionar lo «obsceno» sin conjeturar que, aunque sea indirectamente, se determine qué hecho o comportamiento *realmente producido* (y, por tanto, probado en juicio) es considerado obsceno. Del mismo modo, es imposible afirmar que Ticio es «enemigo del pueblo» si no se establece al menos algún hecho que haga que Ticio sea calificable como enemigo del pueblo y que haya sido probado. Obviamente, esto presupone que al menos la esencia mínima de lo que llamamos habitualmente «normas» y «aplicación de normas» sea mantenida; pero aquí no importan los casos en los que la apariencia de aplicación del derecho sirve simplemente para encubrir el arbitrio¹⁴⁵.

Así, resulta oportuno tener en cuenta que la identificación valorativa del hecho por parte de la norma no significa en absoluto que la

142. Sobre la importancia de la determinación del hecho para la aplicación de los estándares valorativos v., en particular, McCormick, *On Reasonableness*, cit., p. 145; Taruffo, *op. ult. cit.*, pp. 159 ss.

143. Para ejemplos en este sentido v. Guastini, en Castignone, Guastini y Tarello, *op. cit.*, p. 191.

144. Cf. Guastini, *ibid.*; Taruffo, *Value Judgements*, cit., p. 51; Id., *La giustificazione*, cit., pp. 160 s.

145. Sobre la función garantista de la identificación del hecho v., en particular, Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., pp. 8 ss. [tr. cast., *Derecho y razón*, cit., pp. 36 ss.]. En el mismo sentido, cf. Ferrua, *La riforma del diritto penale sostanziale e il nuovo processo penale*, en *Questione giustizia*, 1991, pp. 66 ss.

norma no se refiera a hechos sino a valoraciones: la norma se refiere a *hechos*, que son jurídicamente relevantes en la medida en que son valorados en el sentido indicado por la norma. Su aplicación presupone, pues, que son individualizados y determinados algunos hechos.

La circunstancia de que a menudo la norma que emplea identificaciones valorativas no defina directa y explícitamente el hecho no implica que el hecho no deba ser individualizado y determinado, sino únicamente que su individualización es mediata, compleja, a menudo incierta y en todo caso dependiente de elecciones de distinta naturaleza que realizan las partes y, especialmente, el juez en cada caso concreto.

4. *La identificación negativa del hecho.*—Una forma importante y difundida, pero también problemática, de identificación del hecho por parte de las normas consiste en la identificación *negativa*. Ésta se da cuando la norma contiene la negación de una identificación positiva o bien usa términos equivalentes a esa negación («intolerable», «mala fe», «incompetente», «incorrecto», «ausente», «carente de...», etc.)¹⁴⁶. El empleo de la identificación negativa depende de diversas razones de técnica legislativa: puede, por ejemplo, suceder que el legislador valore positivamente un determinado comportamiento (por ejemplo socorrer a la víctima de un accidente), pero prefiera sancionar su omisión en lugar de declararlo obligatorio¹⁴⁷. O bien puede suceder que la ley considere relevante por sí misma una situación negativa (por ejemplo no desarrollar la actividad de cultivador directo)¹⁴⁸ como presupuesto de la existencia de determinados efectos jurídicos, incluso sin presuponer una calificación favorable (o de «deber ser») de la correspondiente situación positiva.

Las normas que contienen identificaciones negativas de los hechos presentan algunos problemas semánticos, ya que las expresiones negativas designan, en realidad, cualquier hecho o comportamiento distinto de aquel indicado por el término positivo¹⁴⁹. En este sentido, la individualización del «hecho a probar» como presupuesto de la aplicación de la norma puede crear dificultades.

Debe observarse, por otra parte, que la cuestión del «hecho iden-

146. Sobre las modalidades de identificación negativa del hecho cf. Wróblewski, *Facts in Law*, cit., pp. 115 ss., donde se especifica que ese tipo de identificación puede afectar a hechos individualizados descriptivamente o bien en términos valorativos.

147. Cf. Wróblewski, *op. ult. cit.*, p. 116.

148. V., por ejemplo, el caso decidido por la Cass. 10 de marzo de 1986 n.º 1614, en *N.G.C.C.*, 1986, pp. 598 ss., con una nota de Dondi.

149. Cf. Wróblewski, *op. y loc. ult. cit.*

tificado negativamente» no surge únicamente cuando la identificación negativa está contenida en una norma. Es más, en el proceso se trata de una situación «normal», ya que es simétrica a la situación en la que el hecho es identificado positivamente: basta pensar en la situación en que el actor alega un hecho definido positivamente y el demandado alega que el hecho no se ha producido¹⁵⁰. Más allá de los mecanismos inherentes a la eventual aplicación de la regla de la carga de la prueba¹⁵¹, en esta situación se está ante dos identificaciones simétricas del hecho: una de ellas positiva y la otra negativa. Por hipótesis, ambas pueden constituir objeto de prueba. Así pues, se puede decir que el problema de la prueba del hecho identificado negativamente es un problema de orden general: surge para el actor cuando la norma define negativamente el hecho constitutivo de su derecho; y para el demandado cuando éste contesta la existencia del hecho definido positivamente en las alegaciones del actor¹⁵².

La principal cuestión que surge a propósito de los hechos jurídicos definidos negativamente, desde el punto de vista de la prueba, es que, aunque algunas veces pueden ser probados *como tales*, en la mayoría de los casos ello no es posible.

La prueba directa del hecho negativo puede resultar más simple si se trata de una circunstancia específica y exactamente individualizada. Así, por ejemplo, que Ticio *no* haya realizado cierta declaración a Cayo en una determinada situación es demostrable si un testigo estaba presente en aquella situación y afirma que esa declaración no se realizó o bien si existe un documento que se supone que reproduce todas las declaraciones realizadas en aquella situación y que, sin embargo, no contiene la declaración controvertida. Del mismo modo, la ausencia de Ticio de cierto lugar en un determinado momento puede ser confirmada por un testigo presente en el lugar en aquel momento y lo mis-

150. Para el análisis de esta situación v. capítulo IV, 1.2.

151. Desde este punto de vista, se ha planteado históricamente el problema de la llamada por la doctrina italiana «prueba de las negaciones», es decir, de quién y cuándo tiene la carga de probar la negación del hecho afirmado por el actor (al respecto, v. el amplio análisis de Micheli, *L'onere della prova*, reed., Padova, 1966, pp. 34 ss., 47 ss.—tr. cast., *La carga de la prueba*, a cargo de S. Sentís Melendo, Bogotá, 1989, pp. 31 ss., 43 ss.—). Sin embargo, no es éste el punto de vista que más interesa aquí: en este punto se trata, en realidad, de analizar los problemas que afectan a las modalidades de prueba del hecho identificado en términos negativos, independientemente del sujeto que —en función del caso— tenga la carga de probarlo.

152. La única diferencia entre las dos hipótesis es que el actor deberá, en todo caso, probar el hecho negativo (salvo presunciones o inversiones de la carga de la prueba), mientras que el demandado, si el actor fracasa en probar el hecho positivo, puede evitar la prueba de su negación.

mo puede suceder, por ejemplo, con comportamientos omisivos precisamente individualizados.

No obstante, muy a menudo no se dan esas posibilidades. Entonces, la prueba del hecho negativo puede ofrecerse únicamente mediante el mecanismo lógico de la coartada, es decir, mediante la prueba de un hecho *distinto*, incompatible con la existencia del hecho que se niega. Si la ausencia de Ticio del lugar *L* en el momento *T* no puede ser demostrada directamente, podrá ser probada indirectamente demostrando que Ticio en ese mismo momento estaba en el lugar *P*. A los efectos de la prueba, pues, el hecho negativo no es más que la consecuencia lógica de la demostración de un hecho positivo incompatible con la existencia del hecho negado¹⁵³.

El problema del hecho negativo resulta mucho más complejo cuanto más vagas e indeterminadas son sus coordenadas espacio-temporales, como por ejemplo cuando se trata de no ser propietarios de un terreno en lugar alguno o bien de no haber realizado nunca cierta declaración o desarrollado cierta actividad¹⁵⁴.

En casos de este tipo es muy improbable que funcione la técnica de la coartada, ya que no es fácil imaginar hechos incompatibles con hechos indeterminados en el tiempo y/o en el espacio si no es en forma de aproximación genérica y no rigurosa. Por otra parte, la única posibilidad de probar directamente hechos negativos indeterminados parece ser la de utilizar declaraciones del sujeto al que aquéllos son atribuidos («nunca he dicho que...», «nunca he hecho...»). No parece, en efecto, que se pueda configurar al respecto una prueba testifical aceptable («Sé que Ticio nunca ha dicho...», «sé que Ticio nunca ha hecho...») ni mucho menos algún tipo de prueba documental.

Por tanto, en muchos casos el hecho negativo indeterminado *no puede ser probado* ni directa ni indirectamente¹⁵⁵. En estos casos, sólo puede resolverse la incertidumbre de la situación de hecho de la que depende la aplicación de la norma recurriendo a mecanismos distintos de la prueba del hecho negativo. Se trata, esencialmente, de dar la vuelta al problema para plantearlo en términos de un hecho positivo

153. Sobre la mayor facilidad de la prueba en este caso cf. Micheli, *op. cit.*, p. 298 [tr. cast., *op. cit.*, p. 264]; Patti, *op. cit.*, pp. 53 ss. Sobre la hipótesis de la incompatibilidad entre hechos, v. capítulo IV, 1.3.

154. V., *supra*, nota 149. Ya Matteo Pescatore (en *La logica del diritto. Frammenti di dottrina e di giurisprudenza*, Torino, 21883, pp. 100 ss.) destacaba las notables dificultades que surgen cuando se trata de probar las denominadas «negativas indeterminadas», es decir, precisamente, aserciones negativas genéricas, carentes de un objeto exactamente individualizado.

155. Cf. Dondi, en la nota cit., pp. 602 s.; Pescatore, *op. cit.*, *loc. cit.*

incompatible con el hecho negativo (obsérvese que éste no es el mecanismo de la coartada, sino su contrario). En resumen: se puede probar la falsedad del hecho identificado negativamente si se demuestra que, en realidad, el hecho negado se ha producido o si se demuestra un hecho positivo incompatible con la negación. Es falso que Ticio nunca haya estado en el lugar *L* si se demuestra que *una vez* estuvo allí; es falso que Ticio no sea propietario de terreno alguno en ningún lugar si se demuestra que es propietario de un terreno en el lugar *L*, etcétera.

Por otra parte, frente a situaciones de este tipo es necesario poner de manifiesto que el problema de la incertidumbre del hecho se resuelve en términos de prueba únicamente en una de las dos hipótesis lógicamente posibles. Supongamos que el problema sea establecer que Ticio no es propietario de terreno alguno en ningún lugar. La incertidumbre se resuelve en sentido contrario si se ofrece la prueba de que Ticio es propietario de un terreno en el lugar *L*: la prueba de un hecho positivo incompatible conlleva la determinación negativa del hecho negativo. Pero si no se ofrece esa prueba, no hay otra forma de resolver mediante pruebas la incertidumbre sobre el hecho negativo; podrá resolverse de otro modo, por ejemplo, si las normas en materia de carga de la prueba endosan a la otra parte la carga de probar el hecho positivo incompatible y, a falta de cumplimiento de esa carga, comportan la victoria de la parte que debería haber demostrado el hecho identificado negativamente. Es decir, estaríamos ante un esquema del siguiente tipo: por hipótesis, Ticio debería demostrar que no-*X*, pero en realidad la ley endosa a Cayo la carga de demostrar *X*. Si se obtiene la prueba de *X*, la incertidumbre se resuelve a favor de Cayo sobre la base de la prueba; si no se obtiene la prueba de *X*, la incertidumbre se resuelve a favor de Ticio sobre la base de la regla de la carga de la prueba.

Por otra parte, está claro que en ambas situaciones la incertidumbre sobre la existencia del hecho identificado negativamente se resuelve sin que ese hecho sea probado directamente, del mismo modo que en el caso de la coartada la determinación del hecho negativo es sólo la consecuencia de la prueba de un hecho incompatible con el hecho que se niega.

La identificación negativa del hecho pone, pues, en evidencia los distintos mecanismos que pueden usarse para resolver la incertidumbre del hecho a cuya negación se vinculan ciertos efectos jurídicos.

Algunas veces, el hecho negativo puede ser directamente objeto de prueba. Otras, la decisión sobre el hecho negativo se deriva de la aplicación de reglas que prevén las consecuencias de la falta de prueba

del hecho positivo correspondiente. En otras ocasiones, la incertidumbre sobre el hecho negativo se resuelve porque se prueba un hecho positivo incompatible con la negación de un hecho (si se prueba que Ticio es propietario de un terreno en *L* queda excluido que no sea propietario de ningún terreno). Finalmente, la incertidumbre sobre el hecho negativo puede resolverse porque se prueba un hecho positivo incompatible con el hecho negado (caso de la coartada: no es verdad que Ticio estaba en *L* en un determinado momento, porque está probado que en ese momento estaba en *P*). Debe observarse que estas dos últimas hipótesis no sólo no son coincidentes sino que son más bien contrapuestas, en función de la distinta relación que se produce entre el hecho que en realidad se prueba y el hecho negativo: en la primera de ellas, en efecto, el resultado de la prueba demuestra un hecho incompatible con la negación de *X* y, por tanto, conlleva el rechazo de la tesis que se funda sobre esa negación; en cambio, en la segunda el resultado de la prueba demuestra un hecho incompatible con *X* y, por tanto, demuestra la negación de *X* y la fundamentación de la tesis que presupone esa negación.

Por otra parte, aquellas hipótesis presuponen también vínculos de incompatibilidad cualitativamente distintos entre el hecho que se prueba y el hecho identificado negativamente. En el primer caso estamos ante una incompatibilidad *lógica*: si resulta probado que el hecho *X* se ha producido, esto es lógicamente incompatible con cualquier aserción que afirme que *X* no se ha producido (nunca o bien en las circunstancias específicas relevantes en el caso concreto).

En cambio, en el segundo caso estamos ante una incompatibilidad *material* o *empírica*: la prueba de la presencia de Ticio en un lugar en un cierto momento es empíricamente incompatible con la presencia de Ticio en otro lugar en el mismo momento (pero no hay en ello incompatibilidad lógica alguna) y, por tanto, constituye una confirmación empírica de su ausencia¹⁵⁶.

156. Las dificultades lógicas y prácticas de configurar las modalidades de prueba del hecho negativo han constituido tradicionalmente la justificación de la regla *negativa non sunt probanda*. Sin embargo, esta regla es rechazada casi unánimemente en la doctrina más reciente, en la medida en que se sostiene que la prueba del hecho negativo, aunque sea algunas veces difícil, no es *a priori* imposible. Por ello, los problemas al respecto deben resolverse en la formación del convencimiento del juez, pero no constituyen razones suficientes para cambiar el reparto de las cargas de la prueba entre las partes que resulta de la configuración normativa del supuesto de hecho. En este sentido, v., especialmente, Micheli, *op. cit.*, pp. 298 ss. [tr. cast., *op. cit.*, pp. 264 ss.], y también un comentario en Verde, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974, p. 475.

5. *Algunos tipos de hecho*.—La doctrina jurídica ha intentado desde siempre dominar la infinita variedad de supuestos de hecho previstos por las normas, elaborando las más diversas distinciones y clasificaciones de los «hechos jurídicos» en función de las características que en cada caso han sido consideradas como relevantes¹⁵⁷. Precisamente por esa razón, aparte de la extremada variedad de aquellas clasificaciones, no es posible realizar aquí un análisis sistemático al respecto. Por otro lado, muchos de los puntos de vista que han sido empleados para elaborar tipologías de los hechos jurídicos no han tomado en consideración la problemática de la prueba, de forma que no serían de interés alguno en este punto. Es más, es casi paradójico que, a pesar de la obvia vinculación funcional de la prueba con la demostración de los hechos jurídicos, el análisis tipológico de éstos haya olvidado habitualmente los problemas relativos a la individualización del hecho como objeto de prueba¹⁵⁸.

No obstante, remediar esta laguna de forma pretendidamente completa y sistemática sería un objetivo casi imposible, ya sea por la infinita variedad de los supuestos de hecho regulados por las normas o bien porque, en todo caso, cualquier criterio de distinción y clasificación que tenga únicamente en cuenta la correlación entre hecho jurídico y prueba del hecho sería relativo. Sin embargo, parece oportuno intentar abandonar, al menos en parte, el carácter genérico que a menudo caracteriza la noción de «hecho» que se usa para individualizar el objeto de la prueba, integrando el análisis desarrollado en las páginas precedentes con el examen de algunas hipótesis que presentan peculiaridades relevantes. Estas hipótesis son, en muchos aspectos, problemáticas y ésta es la razón por la que se toman en consideración. Aunque obviamente éstas no son las únicas hipótesis problemáticas, son suficientes para demostrar que es erróneo concebir el objeto de la prueba como un hecho material simple y bien definido.

5.1. *El hecho complejo*.—Normalmente, cuando se piensa en el hecho como objeto de prueba o se esquematiza la estructura de la nor-

157. V. al respecto, entre los muchos ejemplos de clasificaciones de hechos jurídicos, Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, pp. 201 ss. [hay tr. cast. de la primera edición de esta obra, *Teoría general del Derecho*, a cargo de C. Posada, Madrid, 1941]; Falzea, *op. cit.*, pp. 944 ss. Críticas eficaces y argumentadas a muchas de las tipologías habituales pueden verse en Maiorca, *op. cit.*, pp. 114 ss., 120 ss., 125 ss.

158. Un ejemplo interesante de esto puede encontrarse en uno de los máximos estudios de la prueba Francesco Carnelutti, en la *Teoria generale*, analiza la tipología de los hechos jurídicos y la de las pruebas (*op. cit.*, pp. 372 ss.), pero no relaciona los dos temas; en la *Prova civile* analiza la prueba en función del hecho (*op. cit.*, pp. 13 ss. —tr. cast., *op. cit.*, pp. 7 ss.—), pero no toma en cuenta la tipología de los hechos jurídicos.

ma individualizando la prótasis referida al hecho, se asume como modelo un tipo de hecho simple constituido por un evento concreto precisamente situado entre determinadas coordenadas espacio-temporales. Se está, así, ante el hecho ilícito *H* sucedido en el momento *T* y en el lugar *L*; el contrato *C* estipulado en *TL*, etc. Hechos de este tipo son, precisamente por sus propias características, fácilmente identificables tanto si se trata de individualizar el hecho jurídicamente relevante sobre la base de la norma como si se trata de definir —sobre esa base— las circunstancias específicas destinadas a constituir el objeto de la prueba. En realidad, si se está ante una situación de hecho concreta bien determinada, normalmente no es difícil seleccionar aquellos de sus aspectos que asumen significado desde el punto de vista de la norma de la que se conjetura su aplicabilidad. Así pues, es posible definir el hecho jurídicamente relevante, y por tanto el objeto de la prueba, mediante una o unas pocas proposiciones descriptivas del tipo «el hecho *H* se ha producido en *T* y *L* con las modalidades *Ml* *Mn*»¹⁵⁹.

Sin embargo, son muy frecuentes los casos en los que el hecho relevante para la aplicación de una norma no puede reducirse a un evento simple y específico, bien delimitado en el espacio y en el tiempo, sino que se trata de un hecho *complejo*¹⁶⁰. Se puede hablar de «hecho complejo», al menos, en dos sentidos principales, aunque la mayor parte de los hechos complejos lo son en ambos sentidos.

En el primer sentido, es complejo el hecho de que aunque sea identificado de forma simple por la norma aplicable, está compuesto de distintas «partes»¹⁶¹. Un contrato puede estar constituido por numerosas cláusulas y muchas de ellas pueden ser relevantes en el mismo caso concreto; un accidente (o un desastre) puede ser muy complejo desde el punto de vista de la dinámica con la que se ha producido; una negociación puede ser muy compleja si las posiciones de las partes son divergentes y articuladas; compleja puede ser también la redacción de un balance, etcétera.

Una segunda dimensión relevante de la complejidad está constituida por la duración en el tiempo. Por ejemplo, sólo la posesión prolongada por el período establecido puede producir la adquisición de la propiedad y la falta de ejercicio de un derecho por un tiempo establecido produce la prescripción.

159. Sobre el esquema del hecho simple descriptiva y positivamente individualizado, cf. Wróblewski, *Facts in Law*, cit., pp. 109, 117.

160. En general, sobre la distinción entre hecho simple y hecho complejo, cf. Maiorca, *op. cit.*, p. 125.

161. En general, sobre el problema de la «descomposición de la realidad» v., *supra*, apartado 2.

Pero, como ya se ha mencionado, en muchos casos están presentes ambos factores de complejidad. Esto es lo que sucede en los frecuentes casos en los que el «hecho» está constituido, en realidad, por un comportamiento (no momentáneo sino) prolongado en el tiempo o por una actividad o por una situación que duran en el tiempo. Piénsese, por ejemplo, en el uso de una cosa con la diligencia normal, en la buena fe en la ejecución de un contrato o en la posesión caracterizada por el *animus* de poseer *uti dominus*, donde a la duración se añade la complejidad del comportamiento material y del elemento subjetivo. Aún más, piénsese en la administración de una empresa, que es una actividad compleja en sí misma además de articulada en el tiempo. Y piénsese, por último, en la convivencia de los cónyuges o en la educación de los hijos, que son actividades típicamente compuestas por una multitud de comportamientos distribuidos en el tiempo y vinculados por conexiones subjetivas y materiales de la más variada naturaleza.

El problema fundamental que afecta a los hechos complejos, y que resulta, obviamente, más grave conforme aumenta su complejidad, proviene de que son difícilmente identificables con precisión analítica; consecuentemente, puede ser muy difícil establecer qué constituye objeto de prueba (es decir, qué debe ser probado para que se dé la condición de aplicación de la norma). Algunas veces este problema puede resolverse o, al menos, su dificultad puede reducirse en alguna medida, sobre la base del supuesto de hecho jurídico al que se reconduce el hecho complejo. En esos casos sucede que frente a una situación de hecho estructuralmente compleja evocada como tal por una norma se pueden emplear, sin embargo, criterios de selección que permiten individualizar *algunos* aspectos específicamente relevantes (que como tales serán los únicos que deberán ser probados)¹⁶². Así por ejemplo, para usar un caso ya examinado, el juez de la separación no tendrá que determinar todos los infinitos comportamientos y eventos que constituyen la convivencia de los cónyuges: es suficiente, en cambio, que se prueben *algunos* eventos o comportamientos, idóneos para valorar la intolerabilidad de la convivencia¹⁶³. Del mismo modo, puede no ser

162. Algunas veces la selección es realizada por la propia norma: se está entonces ante el mecanismo que se denomina de «simplificación analítica del supuesto de hecho» (al respecto, v., también para ulteriores indicaciones, Verde, *op. ult. cit.*, pp. 181 s., 186).

163. En casos de este tipo, opera algunas veces el criterio de la *normalidad*, que establece que no se prueba aquello que se asume como «normal», por ejemplo el desarrollo cotidiano de la convivencia, y, en cambio, se prueba aquello que es «anormal», por ejemplo los hechos específicos que pueden fundamentar una valoración de intolerabilidad.

necesario conocer todos los aspectos de la gestión de una empresa, pudiendo ser suficiente seleccionar los aspectos concretos que identifican el fraude de acreedores o la lesión de los derechos de los socios. También puede no ser necesario establecer todos los detalles de una complicada relación contractual si, por ejemplo, se discute acerca de la validez de una determinada cláusula o de un incumplimiento específico en un contrato de prestación periódica.

En casos de este tipo, la complejidad intrínseca del hecho permanece, por decirlo así, fuera del problema de la prueba: el hecho complejo está presupuesto y constituye la base o el substrato sobre el que se funda la controversia, pero entran en juego criterios jurídicos de selección en función de los cuales *sólo algunos aspectos* relativamente simples *del hecho complejo* son, en realidad, relevantes. El hecho complejo no sólo es materialmente existente fuera del proceso, como cualquier situación material no relevante: es evocado por la norma (que, por ejemplo, se refiere a la convivencia, a la administración, a las negociaciones, al contrato, etc.) que, sin embargo, se interesa únicamente por algunos de sus aspectos, a los que atribuye relevancia específica. Hay, pues, una suerte de selección en dos grados. Por un lado, se individualiza un hecho o una situación compleja (la convivencia, la gestión de la empresa), mientras que, por otro, se identifican dentro de ese contexto algunos aspectos —reducibles al modelo del *hecho* relativamente *simple*— que son los únicos que deben ser probados.

En muchos casos, sin embargo, este tipo de «reducción de la complejidad» no funciona, ya que es relevante jurídicamente el «hecho complejo» en cuanto tal. Así, es la posesión continuada *uti dominus* la que da lugar a la usucapión; es la totalidad de la ejecución del contrato la que se debe desarrollar con buena fe; es el uso continuado de la cosa el que debe realizarse con la normal diligencia; es la dinámica completa del accidente o del desastre la que debe ser determinada, etc.

Desde el punto de vista de la prueba, es posible superar algunas veces la complejidad no reducible del hecho. Es el caso del hecho que es complejo porque está compuesto por muchos eventos concretos o por una dinámica complicada: si los eventos concretos o los distintos momentos de la dinámica son identificables (y a menudo lo son según los criterios de relevancia habituales), entonces el único problema es que habrá muchos hechos por probar y, por tanto, muchas pruebas o pruebas con objetos múltiples o complejos. En ese caso, pueden surgir dificultades de tipo procesal, pero en línea de principio es posible des-

componer ese tipo de hecho complejo en una serie de hechos simples, cada uno de los cuales puede representar un objeto de prueba adecuado.

A menudo, sin embargo, el problema del hecho complejo no es superable de este modo. El comportamiento que se prolonga en el tiempo (la posesión por veinte años, por ejemplo) no puede ser descompuesto en instantes, sobre cada uno de los cuales verse una prueba específica; lo mismo ocurre en el caso de actividades (como la educación de los hijos) que no pueden ser descompuestas en actos que puedan probarse uno por uno. Y, sin embargo, el comportamiento o la actividad son *como tales* los «hechos relevantes» en situaciones jurídicas determinadas, aunque *como tales* no puedan ser probados. El problema del hecho complejo es precisamente éste: o bien, como sucede en algunos casos, es reducible a hechos simples o bien no puede ser probado. Al menos, no puede ser probado con las modalidades y con la precisión con las que habitualmente se prueba el hecho simple.

En efecto, frente al hecho irreduciblemente complejo, el problema de la prueba se transforma respecto de la situación «normal», porque sólo transformándose puede ser resuelto de algún modo. Esencialmente, las soluciones posibles son dos: la primera puede denominarse *prueba por muestreo* (*prova per campione*) y la segunda *prueba por falta de prueba contraria* (*prova per mancanza del contrario*). Ambas pueden operar por separado o conjuntamente.

Se está ante una prueba por muestreo cuando, en realidad, se prueba algún «momento» de un hecho que se prolonga en el tiempo. La prueba de los otros momentos no es directamente ofrecida, de forma que se puede decir que el hecho no es «integralmente» probado; se obtiene sólo por extrapolación de la prueba parcial y de la falta de prueba contraria. En el caso de la posesión por veinte años, por ejemplo, está claro que no se prueba concretamente *cada día* de posesión: en cambio, se prueba que aquélla se daba hace veinte años y se da todavía veinte años después. Estos «segmentos de tiempo», conjuntamente con la ausencia de demostración del cese de la posesión durante ese período, son considerados normalmente suficientes para derivar la prueba de la posesión por veinte años. Así pues, ésta no se prueba integralmente de forma directa: se prueba por extrapolación, en la medida en que los «segmentos de tiempo» directamente probados permitan defender la duración continuada y completa de la posesión¹⁶⁴.

164. El legislador italiano ha percibido el problema que aquí se ha planteado a modo de ejemplo, previendo directamente la «reducción de la complejidad» probatoria del hecho constituido por la duración ininterrumpida de la posesión. El instrumento empleado es la presunción de la posesión intermedia, previsto en el artículo 1142 cod. civ.

Sobre el criterio de la normalidad v. Chiovenda, *Principii*, cit., p. 789 [tr. cast., *Principios*, cit., t. II, pp. 269-270] y, en particular, Verde, *op. ult. cit.*, pp. 469 ss.

Se está ante una prueba por falta de prueba contraria siempre que la existencia de una determinada situación de hecho no es directamente demostrable y es derivada de la falta de prueba de circunstancias incompatibles con aquélla¹⁶⁵. Por ejemplo, la diligencia normal en el uso de una cosa es difícilmente demostrable de forma directa, siendo muy improbable que se disponga de testigos de las modalidades con las que Ticio ha usado la cosa en todas las ocasiones y todo el tiempo en que la cosa ha sido usada. Es, en cambio, más fácil probar la falta de la diligencia normal (o la mala fe o la incorrección), es decir, un hecho incompatible con el hecho complejo en cuestión, aunque sólo sea porque normalmente el hecho incompatible está dado por una o varias circunstancias identificadas en el tiempo y en el espacio. Algunas veces es el propio legislador quien realiza esa inversión (de forma que, por ejemplo, se deba probar la mala fe y no la buena fe en el proceso)¹⁶⁶, pero en muchas ocasiones ésta se produce simplemente *por necesidad*, es decir, porque no hay otro modo de resolver la incertidumbre acerca de la existencia de un hecho complejo que no es susceptible, como tal, de prueba directa. Esa incertidumbre se resuelve de forma más segura (y obviamente en sentido negativo) si se obtiene la prueba de un hecho incompatible (por ejemplo la interrupción por parte del propietario o el cese de la posesión)¹⁶⁷. También puede resolverse en sentido posi-

it., según la cual basta probar la posesión actual y la posesión inicial (en la literatura reciente v. Sacco, en *Commentario al codice civile*, dirigido por P. Cendon, vol. III, Torino, 1991, p. 591; Cian y Trabucchi, *op. cit.*, p. 787). En cualquier caso, siempre que se trate de probar la duración de una situación y no se disponga de presunciones legales, la única posibilidad disponible es la de probar un cierto número de momentos de esa duración a partir de los cuales se pueda deducir su continuidad.

165. Al respecto, es válido también el ejemplo de la duración de la posesión. La presunción de posesión intermedia es, en efecto, *iuris tantum* y decae en el momento en que se prueba lo contrario, es decir, se prueba un hecho que implique la interrupción de la posesión. Del mismo modo, la extrapolación acerca de la duración, que puede extraerse razonablemente a partir de la prueba de algunos de sus momentos, rige hasta que se demuestre lo contrario, es decir, la interrupción.

166. V. el artículo 1147 cod. civ. it. y, al respecto, cf. Sacco, *op. cit.*, p. 596; Cian y Trabucchi, *op. cit.*, p. 795. Consideraciones análogas a las que se refieren a la presunción de posesión intermedia valen también para la presunción de buena fe.

167. No por casualidad, se producen situaciones de este tipo en supuestos de hecho en los que la ley no se ha enfrentado al problema de la prueba o, en cualquier caso, éste no es resoluble claramente sobre la base de la norma. Se produce entonces el fenómeno de las llamadas presunciones jurisprudenciales (respecto de las que puede verse, ampliamente, Verde, *op. ult. cit.*, pp. 35 ss.) en el que es la jurisprudencia, en lugar del legislador, quien no exige la prueba de un hecho e impone a la contraparte la prueba del hecho incompatible. A menudo esto sucede, en realidad, cuando es particularmente difícil la demostración de un hecho complejo.

vo, aunque obviamente de una forma menos segura, si falta la prueba de cualquier suceso incompatible con la existencia del hecho complejo en cuestión.

Tanto la prueba por muestreo como la prueba por falta de prueba contraria son (más la segunda que la primera) formas «débiles» de resolver la incertidumbre sobre la existencia de hechos cuya complejidad no sea reducible. A menudo, ambas pruebas se usan conjuntamente, lo que permite obviar en alguna medida su debilidad intrínseca. Por otra parte, parece que resultan inevitables o, en todo caso, es inevitable el recurso a técnicas de prueba incompleta, aproximativa e indirecta, en los casos no infrecuentes en los que el hecho jurídicamente relevante es complejo y no se puede descomponer en una serie más o menos amplia de hechos simples. Como consecuencia, no sólo la complejidad puede ser una característica irreducible del hecho sino que ésta impone el planteamiento de la prueba del hecho con exigencias y modalidades peculiares.

5.2. *El hecho colectivo.*—Un caso particularmente interesante de hecho complejo se produce cuando la anomalía respecto de la idea-base de hecho simple no se da en la estructura o en la duración de la situación de hecho sino en su *dimensión subjetiva*. Una de las características implícitas en la idea del hecho simple es, en realidad, que éste se desarrolle tendencialmente únicamente entre las partes o, al menos, que sólo sea relevante aquella parte del hecho que afecte a una o ambas partes. Naturalmente, esto no es válido de forma rigurosa, ya que, por un lado, la identificación de los sujetos que asumen el rol formal de partes depende en amplia medida de las elecciones individuales de esos sujetos y no de la naturaleza de la situación de hecho que está en la base de la controversia; y, por otro lado, existen situaciones en las que el hecho relevante para las partes puede producir efectos jurídicos respecto de sujetos distintos de las partes. La referencia subjetiva a las partes es, en cualquier caso, fuerte y explica fenómenos como los límites subjetivos de la cosa juzgada¹⁶⁸, mientras que la posibilidad de que la situación controvertida afecte también a sujetos distintos está en la base de diversas instituciones procesales, como la extensión subjetiva

168. Para una interpretación restrictiva de estos límites, además de un análisis sintético del problema, v. Monteleone, *I limiti soggettivi del giudicato civile*, Padova, 1978, pp. 26 ss., 107 ss., 155 ss., 164 ss.

El aspecto más interesante parece ser, sin embargo, el referido al caso en el que los efectos de la cosa juzgada se extiendan de distintas formas, y por distintas razones, más allá del ámbito subjetivo de las partes: al respecto v., especialmente, Carpi, *L'efficacia «ultra partes» della sentenza civile*, Milano, 1974, pp. 87 ss., 159 ss., 117 ss.

de los efectos de la cosa juzgada, la intervención procesal, el litisconsorcio o la oposición de tercero a la cosa juzgada*.

No obstante, debe destacarse que incluso cuando la dimensión subjetiva de la situación jurídicamente relevante se complica en función de aspectos que pueden implicar a terceros, se permanece —por lo general— dentro de ámbitos subjetivos limitados y —siempre por lo general— individualizados o individualizables. Por un lado, en efecto, no es «normal» que una situación de hecho implique jurídicamente a un amplio número de personas; no por casualidad, la mayor parte de los conceptos y de las instituciones del procedimiento civil, en casi todos los ordenamientos, está basada en el presupuesto más o menos implícito de que ese proceso tiene que ver con situaciones que generalmente implican a pocos sujetos, siendo el ideal que éstos sean únicamente dos y desempeñen los papeles canónicos de actor y demandado¹⁶⁹. No es casualidad tampoco que los sistemas tradicionales del proceso civil entren en crisis, o al menos encuentren notables dificultades de funcionamiento, cuando la situación controvertida es multipolar en lugar de bipolar o bien cuando el número de los sujetos interesados supera las pocas unidades¹⁷⁰. Por otro lado, el número y la identidad de los sujetos actual o potencialmente implicados está tendencialmente determinado o es, al menos, determinable: funcionan, en este sentido, instituciones como los límites subjetivos de la cosa juzga-

* Se trata de una institución existente en algunos ordenamientos, como el italiano o el francés, que permite al tercero que puede verse perjudicado por una sentencia recaída en un proceso en el que no fue parte oponerse a la misma para que no le afecte la cosa juzgada. V. artículos 404 cod. proc. civ. it. y 474 cod. proc. civ. fr. En España, la jurisprudencia ha admitido la extensión de la acción pauliana (art. 1111.2 C.C.) para combatir esos mismos efectos. [N. del T.]

169. V., en particular, Chayes, *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, en *Harv. L. R.* 89, 1976, pp. 282 ss.

170. Cf., al respecto, Chayes, *op. cit.*, pp. 1289 ss.; Aldisert, *The Role of the Courts in Contemporary Society*, en *Un. Pittsb. L. R.* 34, 1977, pp. 462 ss. V., además, Taruffo, *Il processo civile «adversary» nell'esperienza americana*, Padova, 1979, pp. 153 ss., 254 ss., también para ulteriores referencias bibliográficas.

Son diversas las situaciones en las que se puede manifestar la crisis del modelo bipolar del proceso: un ejemplo es el de la *complex litigation* (sobre el que se puede ver, sintéticamente, Taruffo, *Diritto processuale civile dei paesi anglosassoni*, en *Digesto delle discipline privatistiche, Sez. Civile*, VI, Torino, 1989, pp. 400 ss. y, en la amplia literatura sobre el tema, Marcus y Sherman, *Complex Civil Litigation*, St. Paul, Minn., 1985, y Brazil, Hazard y Rice, *Managing Complex Litigation*, Chicago, 1983. Otro ejemplo es el de la *public law litigation* (sobre el que se puede ver Taruffo, *op. ult. cit.*, pp. 401 ss.; Chayes, *op. cit.*, pp. 1281 ss.). Un tercer ejemplo muy relevante es el de las *class actions* (sobre el que se puede ver, sintéticamente, y para las indicaciones principales, Taruffo, *op. ult. cit.*, pp. 403 ss.).

da, las reglas de legitimación ordinaria o extraordinaria, la tipificación de los supuestos de hecho de intervención procesal o de litisconsorcio, entre otras¹⁷¹. El «sujeto imprevisto» puede, en realidad, aparecer en escena, con una intervención procesal o una oposición de tercero a la cosa juzgada, pero las posibilidades de que sea realmente «imprevisto» son absolutamente marginales. Naturalmente, en consecuencia, son tendencialmente irrelevantes los sujetos indeterminados o indeterminables que pueden teóricamente estar implicados por la situación que da lugar a la controversia, pero que permanecen extraños a ella.

Una concatenación de conceptos y de instituciones de este tipo, que individualiza una serie de características estructurales fundamentales del proceso civil, presupone precisamente hechos subjetivamente simples. La consecuencia obvia es que el proceso es apto tendencialmente para seleccionar y determinar hechos de ese tipo, que habitualmente son los que ocurren.

Sin embargo, existen también, y aumentan progresivamente aunque aún no sean habituales, situaciones en las que el hecho no es subjetivamente simple en el sentido definido, ya que implica a muchos sujetos, con dimensiones numéricas no reconducibles a la categoría imprecisa, pero limitada, de los «terceros» o de los «litisconsortes».

Frente a estas situaciones, la reacción del sistema procesal, basado en las ideas del hecho simple y de la controversia bipolar, consiste normalmente en limitarse a funcionar *iuxta propria principia*, es decir, en provocar la fragmentación de la situación que implica muchos sujetos en una serie de controversias bipolares, de modo que cada una de ellas pueda ser incluida en el esquema subjetivo habitual.

Así, para usar un ejemplo elemental, si un solo hecho produce daños a centenares o millares de personas, se tendrán centenares o millares de acciones individuales solicitando el resarcimiento del daño, cada una de las cuales se desarrollará entre dos únicos sujetos: el damnificado individual y el responsable. Puede suceder que estas acciones, o algunas de ellas, se reúnan en un mismo proceso, pero ésta es una eventualidad accidental que no afecta al carácter individual y bipolar de las acciones concretas. Fragmentando así la situación jurídica en otras tantas situaciones individuales, también se elimina la complejidad subjetiva o, al menos, se elude o esconde: desde el punto de vista de la controversia concreta, se olvida que el hecho ha producido daños a centenares o millares de personas, ya que al actor Ticio le interesa únicamente el daño que él mismo ha sufrido y, por tanto, para él exis-

171. Cf. Denti, *La giustizia civile. Lezioni introduttive*, Bologna, 1989, p. 113.

te sólo aquella «porción del hecho» que directamente le afecta. Siendo cada controversia individual, no es necesario probar la efectiva dimensión subjetiva del hecho: es suficiente que se pruebe aquello que sea necesario para fundar la demanda de Ticio. Por decirlo de otro modo, no es importante, y nada cambia, que Ticio sea el único damnificado o sea uno entre miles de damnificados por el mismo evento.

Esta modalidad de funcionamiento del proceso, basada esencialmente en la negación de la complejidad subjetiva del hecho siempre que éste supere los limitados esquemas de partes/terceros, ha ido perdiendo su exclusividad en los últimos tiempos, a partir del momento en que en varios ordenamientos se ha empezado a reconocer la necesidad de la tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales, considerados *en cuanto tales*.

Como es sabido, ésta es una de las vicisitudes más interesantes e importantes en la evolución de los ordenamientos modernos, que ha tenido hasta ahora resultados muy diversos en los distintos sistemas y que ha implicado —a veces provocando su crisis— a una gran cantidad de aspectos de la administración de justicia civil¹⁷². Entre los numerosos aspectos relevantes de este proceso de cambio aún en curso, uno resulta especialmente interesante en esta sede. Se trata de una suerte de inversión de la incidencia entre la dimensión subjetiva de la situación de hecho y los esquemas e instituciones procesales. Desde la óptica tradicional, como ya ha sido mencionado, esa relación se produce de forma que el esquema procesal determina la definición del hecho: dado que ese esquema presupone un hecho simple y bipolar, la situación concreta es reducida a hechos simples y bipolares (multiplicando oportunamente las controversias individuales). La inversión se produce cuando, frente a una situación de hecho que empíricamente afecta a muchos sujetos, esta dimensión se mantiene inamovible y se pretende modificar el equilibrio institucional del proceso de forma que pueda afrontar hechos subjetivamente complejos con dimensiones que superan ampliamente la clásica controversia con pocas partes¹⁷³. En otras palabras, se produ-

172. El fenómeno es tan complejo que no se pueden dar indicaciones exhaustivas. Entre los escritos más significativos en la literatura italiana v., en cualquier caso, Denti, *Interessi diffusi*, en *Noviss. Dig. It. Appendice*, Torino, 1983, pp. 305 ss.; Trocker, *Gli interessi diffusi nell'opera della giurisprudenza*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, pp. 1112 ss.; Caravita, *Interessi diffusi e collettivi*, en *Dir. e soc.*, 1982, pp. 36 ss.; Vigoriti, *Interessi collettivi e processo*, Milano, 1979.

173. La razón por la que se produce este fenómeno es, habitualmente, que la tutela fragmentaria de cada posición individual se presenta difícil o imposible. Ésta es, en efecto, la exigencia que está en la base de la institución que aquí resulta más interesante, las *class actions*: v., al respecto, sobre los orígenes de la institución, Vigoriti, *op. cit.*, p. 263;

cen situaciones en las que el hecho subjetivamente complejo entra *como tal* en el proceso, correspondiendo eventualmente a este último adaptar sus propias estructuras a esas nuevas situaciones¹⁷⁴.

Obviamente, esta situación no es simple, lo que se demuestra por las importantes dificultades que en muchos ordenamientos (y de forma particular en el italiano) se oponen a la introducción de modalidades eficientes de tutela de los intereses y de los derechos que derivan de hechos con relevancia supraindividual¹⁷⁵. Sin embargo, algunas experiencias están bastante maduras (aunque en absoluto hayan concluido) como para permitir un primer análisis de los hechos subjetivamente complejos y de las consecuencias que éstos pueden producir en el terreno probatorio.

Ante todo, conviene subrayar que los procesos dirigidos a la tutela de bienes e intereses con relevancia supraindividual no siempre implican la identificación y la prueba de hechos subjetivamente complejos. En efecto, puede suceder que esta dimensión del hecho no se presente en un primer plano o bien que sólo sea relevante de forma secundaria. Tómese, por ejemplo, la tutela del medio ambiente: no hay dudas de que la contaminación de un río o la destrucción de un paisaje son hechos que tienen una relevancia supraindividual, ya que perjudican el interés de grupos o comunidades muy amplias. Este aspecto, de gran importancia social y hasta política, no tiene necesariamente, sin embargo, relevancia en el proceso desde el punto de vista de la identificación y de la prueba del hecho. Puede suceder también que el ámbito subjetivo de la situación dañosa tenga algún interés para otros objetos como, por ejemplo, la individualización de los sujetos legitimados para actuar o para intervenir, en la medida en que esa legitimación puede no ser reconocida a todos los sujetos realmente afectados por el hecho dañoso¹⁷⁶; pero la consideración de la dimensión subjetiva del hecho

Taruffo, *I limiti soggettivi del giudicato e le «class actions»*, en *Riv. dir. proc.*, 1969, p. 619; Yeazell, *Group Litigation and Social Context: Toward A History of the Class Action*, en *Col. L. R.* 77, pp. 867 ss.; Id., *From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action*, New Haven, Conn., 1987; Bone, *Personal and Impersonal Litigative Forms: Re-conceiving the History of Adjudicative Representation*, en *Boston Un. L. Rev.* 70, 1990, pp. 213 ss.

174. Cf., para algunas menciones sintéticas a esas adaptaciones en el caso de las *class actions* y referencias bibliográficas, Taruffo, *Diritto processuale civile*, cit., pp. 404 ss.

175. Para una visión panorámica, cf. Cappelletti y Garth, *The Protection of Diffuse, Fragmented and Collective Interests in Civil Litigation*, en *Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmässige Ordnung*, ed. por W. J. Habscheid, Bielefeld, 1983, pp. 117 ss.

176. En Italia se ha adoptado, efectivamente, una solución fuertemente limitativa por parte del artículo 18 de la ley n. 349 de 1986, creadora del Ministerio de Medio Ambiente. Cf. Taruffo, *La legittimazione ad agire e le tecniche di tutela nella nuova dis-*

puede permanecer extraña a la determinación del mismo o estar presente de una forma absolutamente secundaria. Sucede, en realidad, que el principal punto de referencia es el *bien* que ha sido lesionado o corre el riesgo de serlo¹⁷⁷, no la individualización de los sujetos que disfrutan realmente de ese bien, y que, además, esos sujetos no entran siquiera en juego como titulares (individuales o colectivos) del derecho de resarcimiento del daño¹⁷⁸.

Por otro lado, hay en cambio situaciones en las que el proceso se adapta —por decirlo así— a la presencia de situaciones de hecho subjetivamente complejas, pero lo hace únicamente instituyendo mecanismos para tratar conjuntamente de forma más ágil acciones individuales. Es el caso del modelo ya tradicional de la *class action*, referido a la hipótesis en que un hecho o comportamiento concreto crea una pluralidad de derechos individuales cuya tutela se realiza reuniéndolos en un único proceso¹⁷⁹.

Sin embargo, debe observarse que la dimensión colectiva del hecho crea, *en cuanto tal*, consecuencias importantes en el proceso, a menos que sea eliminada o negada sin mayor discusión.

Ante todo, hay una consecuencia de orden general que se produce en función de la naturaleza del hecho e independientemente de los resultados que se den en términos del contenido de la tutela. Esta consecuencia es que, a menudo, la dimensión subjetiva del hecho resulta directamente relevante para aquello que hay que determinar para poder llegar a la decisión. Incluso cuando el hecho dañoso concreto no

produce, en función de la regulación jurídica de estas situaciones, más que una serie de derechos individuales al resarcimiento del daño, la determinación del hecho cambia si esos derechos se hacen valer todos juntos en el mismo proceso. Una cosa es determinar que el hecho X ha producido un daño a Ticio y otra determinar que el hecho X ha provocado daños a miles de personas que conjuntamente, aunque cada una de ellas a título individual, reclaman ser resarcidas¹⁸⁰. Basta percibir que la consecuencia dañosa forma parte del «hecho» para entender que éste cambia, en el proceso, en función de si se han hecho valer mil acciones individuales en procesos distintos o en el mismo proceso: en el segundo caso, el hecho debe ser determinado en su dimensión subjetiva completa, es decir, en realidad, en su dimensión «objetiva», individualizada en función de las características del evento material y no en función de la relevancias respecto de posiciones jurídicas individuales¹⁸¹.

Esto vale aun cuando se trata de acciones individuales que se presentan por separado por los sujetos que han sufrido directamente el perjuicio. Pero las categorías ordinarias y la correspondiente idea tradicional acerca del hecho quedan todavía más desplazadas en otras situaciones que también pueden derivarse de hechos dañosos subjetivamente complejos. Es así, por ejemplo, en el caso de la *mass tort class action*, planteada por algunos sujetos por cuenta de un grupo de damnificados, que no está identificado exacta y definitivamente en el momento de la demanda (y tampoco en el de la decisión)¹⁸².

ciplina del danno ambientale, en *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, pp. 429 ss.; Caravita, *Diritto pubblico dell'ambiente*, Bologna, 1990, pp. 369 ss.; Landi, *La tutela processuale dell'ambiente*, Padova, 1991, pp. 63 ss.; Grasso, *Una tutela giurisdizionale per l'ambiente*, en *Riv. dir. proc.*, 1987, pp. 507 ss.

177. Cf., en particular, Caravita, *op. ult. cit.*, pp. 367 s.; también Francario, *Il risarcimento del danno all'ambiente dopo la legge 349 del 1986*, en *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, pp. 486 ss.; Id., *Danni ambientali e tutela civile*, Napoli, 1990, pp. 8 ss., 67 ss.; Bigliuzzi Geri, *Divagazioni su tutela dell'ambiente ed uso della proprietà*, en *Riv. crit. dir. priv.*, 1978, pp. 496 ss.; Libertini, *La nuova disciplina del danno ambientale e i problemi generali del diritto dell'ambiente*, *ivi*, pp. 552 ss.

178. Esto es lo que sucede en Italia a partir de la ley n. 349 de 1986, que considera como daño al Estado el daño ambiental y excluye la posibilidad de su resarcimiento a favor de los efectivos usuarios del medio ambiente. V. sobre este aspecto las referencias indicadas en las notas precedentes y, en particular, Caravita, *Diritto pubblico*, cit., pp. 374 ss.; Landi, *op. cit.*, pp. 35 ss. Sobre la naturaleza colectiva del daño medio-ambiental v., en cambio, Francario, *Danni ambientali*, cit., pp. 211 ss.

179. Sobre el modelo «clásico» de las *class actions* v., ampliamente, Vigoriti, *op. cit.*, pp. 251 ss.; también Taruffo, *I limiti soggettivi*, cit., pp. 619 ss., e Id., *Diritto processuale civile*, cit., pp. 403 ss.

180. Surge al respecto el importante problema de definir los términos de la «cuestión común» a los distintos sujetos interesados, es decir, de definir el hecho no en los términos de concretas demandas individuales sino en sus dimensiones efectivas. Al respecto, el juez de la *class action* dispone de poderes particulares, mucho más amplios que aquellos de los que dispone en las acciones ordinarias: cf. Vigoriti, *op. cit.*, pp. 266 ss.; *Developments in the Law-Class Actions*, en *Harv. L. R.*, 1976, pp. 1450 ss., 1479 ss.

181. Tomar en consideración todas las consecuencias subjetivas del hecho —al menos tendencialmente— equivale, en realidad, a considerarlo «objetivamente», es decir, sin privilegiar ningún aspecto del mismo en detrimento de otros. Si todos los sujetos interesados resultan relevantes, ningún sujeto particular puede identificar por sí solo el hecho en la dimensión que le sea más ventajosa, excluyendo aquello que individualmente no le interese pero que pueda ser relevante en general.

182. Sobre este fenómeno cf., en particular, Giussani, *Le «mass tort class actions» negli Stati Uniti*, en *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, pp. 331 ss.; también Bush, *My Brother's Keeper — Some observations on Federal Rule 23 and Mass Tort Class Action in the United States*, en *Civ. Just. Q.*, 1986, pp. 201 ss.; Rosenberg, *Class Actions for Mass Torts: doing Individual Justice By Collective Means*, en *Ind. L. J.* 62, 1987, pp. 561 ss.; Note, *Mass Exposure Torts: An Efficient Solution to a Complex Problem*, en *Un. Cinc. L. R.* 54, 1985, pp. 467 ss.; Note, *Federal Mass Tort Class Action: A Step, Toward Equity and Efficiency*, en *Alb. L. R.* 47, 1983, pp. 1180 ss. En sentido crítico cf. Williams, *Mass Torts Class Actions: Going, Going, Gone?*, en *F.R.D.* 98, 1983, pp. 323 ss.

En casos como éstos, la incidencia de la dimensión subjetiva del hecho es bastante clara: cambia la forma de identificar, por ejemplo, el efecto dañoso y la cuantía del correspondiente resarcimiento¹⁸³. Se llega a admitir, algunas veces, que esos aspectos del hecho no estén completamente determinados *a priori* o que lo estén en función de criterios no analíticos, como sucede cuando no se identifican de forma inmediata todos los miembros de la *class* de los que tienen derecho a lo que fuere.

Surge así un aspecto añadido interesante: la posible indeterminación de la dimensión subjetiva, que no afecta únicamente a las acciones resarcitorias.

El problema de «dar por determinado» el hecho incluso a falta de una prueba completa y analítica de sus consecuencias en el aspecto subjetivo, es decir, de la individuación exacta de los sujetos que sufren esas consecuencias, se ha planteado, aparte de en las *mass tort class actions*, también en las acciones antidiscriminatorias. En el caso de las *mass tort*, como en el famoso *Agent Orange case*, se pretende definir las consecuencias dañosas de un hecho (en el ejemplo la exposición a materiales peligrosos) sin que estén exacta y analíticamente probadas, o mejor: más allá de los límites en que están analíticamente probadas¹⁸⁴. Aquí se trata, en realidad, de resarcir no sólo a los sujetos que demuestren haber sufrido determinados efectos dañosos sino también a aquellos que probablemente los sufrirán. Esto es, se trata de determinar el daño sin limitarse a sumar los daños individuales demostrados sino estableciendo la presumible cuantía total del mismo, es decir, definiendo de forma aproximativa el número de los sujetos que probablemente han sufrido consecuencias perjudiciales del hecho dañoso o que las sufrirán en el futuro¹⁸⁵. En resumen, se pretende medir el remedio para la dimensión subjetiva real del hecho dañoso, pero —especialmente frente a desastres masivos con efectos dañosos que pueden verificarse incluso con posterioridad— esta dimensión no puede ser rigurosa y analíticamente probada¹⁸⁶. Por otra parte, limitar la tutela únicamente

a los daños analíticamente demostrados significaría reducir excesivamente el ámbito tutelado, excluyendo numerosas situaciones. Para evitar esa limitación, se acaba aceptando que el «hecho» esté ampliamente indeterminado en su dimensión subjetiva y que esa dimensión sea probada sólo parcialmente¹⁸⁷.

En las acciones antidiscriminatorias, las reglas tradicionales exigirían que se impusiese una sanción únicamente en los casos en que la discriminación resultara probada en perjuicio de sujetos específicos. También en ese caso, sin embargo, se obtendría como consecuencia una fuerte reducción del ámbito de la tutela jurisdiccional de la igualdad de trato, ya que a menudo sucede que la discriminación no es demostrable de forma directa. Para evitar esta consecuencia, se admite que el «hecho» representado por el comportamiento discriminatorio puede no ser exactamente o completamente identificado desde el punto de vista subjetivo: en otros términos, puede incluso faltar la exacta y completa individualización de los sujetos discriminados siempre que sea conjeturable la existencia del comportamiento discriminatorio¹⁸⁸.

En situaciones como éstas, se pone en evidencia un tipo de hecho que es complejo desde el punto de vista subjetivo porque tiene la peculiaridad de explicar efectos que se producen sobre grupos muy amplios de sujetos, a veces amplísimos y a menudo parcialmente indeterminados. En algunas ocasiones, como ya se ha mencionado, esa complejidad se resuelve en el campo de la identificación del hecho, fragmentándolo en una serie de «hechos individuales» o concentrando una serie de acciones individuales en el mismo proceso. Sin embargo, surge la

187. Cf., una vez más, Giussani, en los lugares citados en las notas precedentes.

188. Sobre estas situaciones y sobre la necesidad de abandonar la prueba específica de la discriminación en perjuicio de sujetos determinados, v., entre lo más reciente, también para otras referencias, Giussani, *La prova statistica*, cit., pp. 1032 s., 1044 s. Una situación de ese tipo está ahora prevista expresamente en la ley de 10 de abril de 1991, n. 125, en materia de acciones positivas para tutelar la paridad hombre-mujer en el puesto de trabajo, cuya *ratio* fundamental es precisamente el de hacer posible la tutela contra las denominadas discriminaciones indirectas. El artículo 4, párrafo 5, prevé que el recurrente ofrezca elementos de hecho «obtenidos incluso de datos de carácter estadístico» idóneos para fundar una presunción de existencia de la discriminación. En ese caso, corresponde al empleador demandado la carga de demostrar la inexistencia de la discriminación (al respecto v., más ampliamente, *infra*, capítulo VI, 3.5). Por otra parte, el punto 6 del mismo artículo 4 prevé que el recurso pueda ser planteado por el *consigliere di parità* «también cuando no se puedan individualizar de forma inmediata y directa los trabajadores afectados por la discriminación», haciendo así posible la acción de tutela incluso cuando no estén individualizados los sujetos concretos directamente damnificados. [El *consigliere di parità* es un órgano público encargado de velar por la igualdad sexual y que puede actuar en juicio en defensa de ese objetivo. N. del T.]

183. En numerosos casos de *public law litigation*, además, las consecuencias del hecho no sólo son de tipo reparatorio o de resarcimiento, sino que implican la modificación de la situación de hecho o la creación de situaciones nuevas. Se deriva de aquí una visión *prospectiva*, y no sólo reconstructiva, de la situación de hecho: cf. Chayes, *op. cit.*, p. 1296.

184. Para un análisis de esta situación y amplias referencias bibliográficas cf. Giussani, *La prova statistica nelle «class actions»*, en *Riv. dir. proc.*, 1989, pp. 1033 ss.

185. Cf. Giussani, *op. ult. cit.*, pp. 1040, 1042 s., 1046.

186. Sobre la imposibilidad de la prueba específica del nexo causal individual v., en particular, Giussani, *Le «mass tort class actions»*, cit., pp. 347 s.; Id., *La prova statistica*, cit., p. 1043.

exigencia, en distintos campos, de no dejar la identificación del hecho exclusivamente a la dinámica de las acciones individuales y de hacer que la dimensión real del hecho emerja en cuanto tal en el juicio. Ahora bien, dada la complejidad subjetiva del hecho, que algunas veces alcanza dimensiones enormes, esta operación tiene un costo en términos de precisión: el hecho podrá ser *substancialmente* identificado y probado, pero dentro de márgenes más o menos relevantes de aproximación en la definición de los sujetos implicados. Se tratará, así, de un hecho caracterizado por márgenes incluso notables de indeterminación subjetiva.

Naturalmente, esto tiene consecuencias que no carecen de importancia en el plano probatorio. Por un lado, se trata de reconocer la posibilidad de que pueda constituir el objeto de la prueba un hecho que no sólo presenta peculiaridades muy diversas respecto de la idea base del «hecho simple», sino que además no está exactamente definido, al menos, en un aspecto de notable relevancia como es la extensión subjetiva de sus consecuencias. Esto es, se establece que se ha producido un hecho o un comportamiento lesivo; se establece también que ese hecho afecta a un grupo de personas que está individualizado sólo parcialmente, de forma que en cierta medida los confines del grupo permanecen inciertos.

Por otro lado, frente a hechos de este tipo resultan inevitables cambios relevantes en las técnicas habituales de prueba. Si se trata de establecer las probables consecuencias *futuras* de la exposición a radiaciones o a materiales peligrosos, o de establecer la probabilidad de que haya sujetos discriminados en una empresa en la que se da un porcentaje desequilibrado de blancos respecto de negros o de hombres respecto de mujeres, está claro que los medios habituales de prueba pensados para determinar hechos materiales simples no resultan particularmente eficaces. No por casualidad, los sectores de los que se ha discutido hasta ahora son aquellos en los que se emplea típicamente la denominada *prueba estadística* a los efectos de determinar de forma inferencial, y en términos de aproximación cuantitativa, aquellos aspectos del hecho subjetivamente complejos que por distintas razones no pueden ser ni exactamente individualizados *ex ante* ni analíticamente probados de las formas habituales¹⁸⁹.

Los aspectos que se han puesto en evidencia aquí pueden parecer muy discutibles, o quizás incluso inaceptables, desde el punto de vista de las formas corrientes de concebir el «hecho» y de definir los supuestos de hecho sustanciales en cuestión. A pesar de ello, no se puede

189. Cf. Giussani, *op. ult. cit.*, pp. 1039 ss., 1046 ss.

negar que esos problemas existen y que tienen la peculiaridad de poner en crisis, precisamente, las ideas habituales acerca de la individualización del supuesto de hecho y de la definición de lo que puede constituir objeto de prueba.

5.3. *El hecho psíquico.*—Otra de las convenciones que implícitamente se asumen cuando se emplea la idea común de «hecho» es que éste es, además de simple y bien identificado, también *material*: esto es, se supone que el hecho está constituido por un evento del mundo físico o por un comportamiento que se traduce en actos materiales¹⁹⁰. Se analiza así desde la contaminación a la conducta antisindical, desde el accidente de tráfico a la posesión.

Una vez más, sin embargo, es necesario constatar que la idea-base del hecho es demasiado simplista y reductiva, dado que existen numerosos hechos jurídicamente relevantes que no pueden ser calificados como materiales en el sentido recién mencionado. Se trata, esencialmente, de hechos que pertenecen a la esfera psicológica, sentimental o volitiva de determinados sujetos y consisten en sentimientos, valoraciones, actitudes, preferencias, intuiciones o voluntades¹⁹¹. Para referirse a hechos de esta naturaleza no se necesitan sofisticadas o rebuscadas ejemplificaciones: basta pensar en la voluntad y en sus respectivos vicios en el contrato, en la condición de buena fe o de mala fe, en los innumerables casos en los que importa la culpa leve o la culpa grave, en los casos en los que importa el «conocimiento» de algo (como, por ejemplo, del estado de insolvencia del deudor a los efectos de la revocatoria), para tener docenas de supuestos en los que el hecho relevante es un «hecho psíquico» interno a la esfera mental, cognitiva o emocional de algún sujeto.

Así pues, no es necesario subrayar la frecuencia y la importancia de estas situaciones; éstas son, por otra parte, tan obvias que tanto la doctrina como la jurisprudencia han analizado ampliamente nociones como «dolo», «culpa», «error», «mala fe», «acto en fraude de...», «conocimiento del estado de insolvencia», etc. Si bien ese análisis no ha conllevado la elaboración de un catálogo completo y estable de definiciones, aptas para ser usadas sin problemas en todos los casos en los que entra en juego algún hecho psíquico, sí ha permitido que cuando resulta necesario interpretar una norma que atribuye relevancia jurídica

190. V., por ejemplo, la definición general del hecho jurídico empleada por Carnelutti, *Teoria generale*, cit., p. 200.

191. Sobre el uso de conceptos psicológicos en las normas v., en particular, Scarpelli, *Contributo alla semantica*, cit., pp. 124 ss.

ca a uno de esos hechos se disponga normalmente de criterios que permitan definirlos. Esta operación puede ser más o menos problemática y puede dar resultados más o menos seguros en función del tipo de hecho psíquico y del respectivo nivel de elaboración alcanzado por la doctrina y la jurisprudencia, pero puede sostenerse que existe una posibilidad razonable de individualización del hecho psíquico que la norma considera relevante. Aquí no interesa discutir, en realidad, en qué medida resulta simple y segura la individualización del hecho, ni tampoco establecer en función de cada caso la medida en que esa individualización es realizada por las normas y la medida en que es dejada en manos de los intérpretes; lo que importa destacar es que incluso cuando las normas son abiertas e indeterminadas en la definición de los hechos no materiales relevantes se dispone normalmente de un *corpus* de nociones y de conceptos que permiten definir el respectivo supuesto de hecho, resolviendo en vía de integración interpretativa la falta de individualización de las definiciones normativas¹⁹².

Surgen, en cambio, problemas relevantes desde el punto de vista de la prueba de los hechos no materiales por la buena y obvia razón de que puede no ser fácil en absoluto (y algunas veces imposible) ofrecer una demostración «externa», que sea de alguna forma cognoscible y verificable intersubjetivamente, de hechos que sólo «existen» en la esfera psíquica del sujeto¹⁹³. Resulta, al menos, intuitivo que para esos hechos no sirven automáticamente las mismas técnicas probatorias que sirven para los hechos materiales o que, en todo caso, aquéllas deben ser considerablemente adaptadas.

Algunas veces, el problema tiene soluciones que no son particularmente complejas. Se trata esencialmente de los casos en los que, por ejemplo, siendo relevante la voluntad contractual de un sujeto, en realidad, se recurre a las *declaraciones* que aquél ha realizado o, en todo caso, ha hecho propias en la estipulación del contrato¹⁹⁴. De esta for-

ma, el problema de la prueba se simplifica radicalmente: la declaración es, en realidad, un hecho «material» que forma parte de los fenómenos sensibles y verificables intersubjetivamente¹⁹⁵; esto es, la declaración es un suceso empírico que no se distingue (al menos desde el punto de vista de la prueba y de una forma muy general) de otros comportamientos materiales. El hecho de que Ticio haya realizado una específica declaración no es distinto del hecho de que Ticio haya consignado una suma de dinero: ambos hechos (independientemente de las actitudes psicológicas subyacentes) son demostrables «objetivamente». Esto facilita, por otra parte, la construcción de reglas probatorias específicamente destinadas a regular la prueba de las declaraciones negociales; además, algunos ordenamientos privilegian algunas técnicas probatorias que consideran más «seguras» hasta llegar a hacer incontestable el resultado y excluir la posibilidad de emplear pruebas distintas. Los artículos 2721-2726 del vigente código civil italiano son un buen ejemplo de cómo puede regularse la prueba de las declaraciones negociales de una forma muy analítica, así como alcanzar niveles elevados de «certidumbre jurídica» cuando la prueba documental privilegiada presenta características particulares, consideradas idóneas para garantizar la «seguridad»¹⁹⁶.

Por otra parte, debe subrayarse que, de esta forma, el problema de la prueba de un hecho psíquico como la voluntad negocial se resuelve de un modo relativamente fácil porque se transforma en un problema distinto, que se remite a la prueba de un hecho material: la declaración y no la voluntad. Este mecanismo se mantiene, y el *escamotage* funciona, mientras resulta válido el presupuesto implícito en el que se basa, esto es, la equivalencia funcional entre voluntad y declaración, derivada de la suposición de que la declaración se corresponda con la voluntad del sujeto que la realiza: en otros términos, se supone que cualquiera declara precisamente aquello y todo aquello que quiere declarar.

192. Cf. Scarpelli, *op. y loc. ult. cit.*

193. Scarpelli, *op. ult. cit.*, p. 125, subraya que de esos hechos se puede tener únicamente un conocimiento indirecto basado en la observación de comportamientos o de disposiciones a comportamientos.

194. En la base de esta solución está el clásico problema referido al conflicto entre el «dogma de la voluntad» y el «dogma de la declaración»: en cualquier caso, ese problema tiende a resolverse en el sentido de que el contenido del acto es determinado sobre la base del texto de la declaración emitida, mientras que la voluntad como hecho psíquico puede servir eventualmente para definir el significado de la declaración. En cualquier caso, se excluye que la voluntad tenga relevancia autónoma como hecho psíquico interno al sujeto, debiendo siempre recurrirse a los términos objetivos en los que aquélla fue manifestada en la declaración. Sobre estos temas, cf. en particular, en la doctrina más

reciente, Schlesinger, *Dichiarazione. I. Teoria generale*, en *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, pp. 379 ss.; Torrente y Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, Milano, ¹1990, pp. 117 ss., 255 ss.; Zatti y Colussi, *Lineamenti di diritto privato*, Padova, ²1989, p. 382; Galgano, *Diritto privato*, Padova, ⁶1990, pp. 247 ss., 332, 337; *L'interpretazione del contratto. I. Orientamenti e tecniche della giurisprudenza*, a cargo de G. Alpa, Milano, 1983, pp. 145 ss. En sentido contrario, es decir, a favor de la prevalencia autónoma de la voluntad, cf. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, ³¹1990, pp. 135 ss., 616 ss. [hay tr. cast. de la 1.ª ed., *Instituciones de derecho civil*, a cargo de L. Martínez-Calcerrada, Madrid, 1967].

195. Cf. Schlesinger, *op. cit.*, p. 374.

196. V., en particular, Taruffo, *Prova testimoniale. a) Diritto processuale civile*, en *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, pp. 741 ss.

Una premisa de este tipo permite atribuir relevancia jurídica a la declaración en sí misma, desligándola de la relación con la voluntad «subyacente», y resolver *sobre esta base* el problema de la prueba. La voluntad como elemento psicológico resulta así irrelevante¹⁹⁷ y, por tanto, no hay necesidad alguna de probarla, en la medida en que los efectos jurídicos previstos por las normas se refieren a la declaración entendida como hecho material que «incorpora» y «reproduce» fielmente la voluntad del declarante.

El problema de la prueba se resuelve, pues, en la medida en que sea suficiente probar la declaración *en lugar* de la voluntad, pero no se trata obviamente de una solución absoluta. Puede suceder, en efecto, que la voluntad retorne directamente a escena haciendo irrelevante o discutible la declaración y replanteando, por tanto, el problema de la prueba de un hecho psíquico. Puede ocurrir, en efecto, que la voluntad esté viciada y que el vicio haya afectado a la validez de la declaración; o bien que la declaración corresponda a una voluntad válidamente expresada pero que ésta estuviera dirigida a un contenido distinto del que fue simulado; o bien que la declaración no sea clara y, por tanto, tenga que demostrarse cuál es su «verdadero» contenido, es decir, cuál fue la voluntad efectiva de los sujetos que realizaron la declaración¹⁹⁸.

De esta forma, el discurso retorna al problema fundamental, es decir, a las modalidades mediante las que puede ser probado un hecho no material y, específicamente, un hecho que «existe» sólo en la esfera psíquica y volitiva de un sujeto.

Los hechos de este tipo, en realidad, sólo pueden ser probados *directamente* de una forma: reconociendo algún valor probatorio a la «expresión» del hecho psíquico por parte del sujeto que es su «autor». Estados de conocimiento, valoraciones, actos de voluntad, etc., pueden ser demostrados si, y en la medida en que, un determinado ordenamiento decida que el juez pueda o deba creer al sujeto al que aqué-

llos —por decirlo así— «pertenecen»: sucede, así, que las respectivas «expresiones» pueden tener el débil valor de las inferencias probatorias si son emitidas en el contexto «incontrolado» del interrogatorio libre¹⁹⁹ o, en cambio, valor vinculante si son emitidas bajo la amenaza de las «sanciones» que deberían garantizar la veracidad del juramento²⁰⁰. Algunas veces, la ley impone, también, que se consideren verdaderas las declaraciones *contra se*²⁰¹ o —más razonablemente— permite considerar verdaderas las declaraciones de la parte que haya dado testimonio de las mismas, eventualmente sometándose a la *cross-examination*²⁰². Hay, pues, distintas posibilidades de utilizar a título de prueba declaraciones provenientes del sujeto; a ellas se reconducen también pruebas que en realidad provienen de terceros (como la declaración testifical de quien dice: «sé que Ticio ha dicho que él...») si pretenden demostrar o confirmar esas declaraciones.

El problema, en cambio, se complica notablemente cuando no se dispone de enunciaciones provenientes de un sujeto acerca de sus *propios* hechos psíquicos y, por tanto, éstos deben ser reconstruidos mediante otras modalidades.

La complicación deriva esencialmente del hecho que no son razonablemente posibles *otras pruebas directas* de esos hechos. Si bien es posible una declaración testifical del tipo «Sé que Ticio ha dicho que quería X, que sabía Y, etc.» (es decir, una declaración testifical sobre una *declaración* relativa a un hecho psíquico por parte de su «autor»), no parece posible una declaración testifical del tipo «Sé que Ticio quiere X o sabe Y». En efecto, si se analiza el fundamento de esta declaración testifical, se descubrirá que es una forma elíptica de decir que Ticio ha manifestado que quería X o que sabía Y, y entonces se está ante un caso de declaración testifical sobre una declaración de Ticio; o bien es una forma elíptica para decir que existen hechos idóneos para hacer pensar que Ticio quiera X o que sepa Y, pero entonces es una declara-

197. En ese sentido, muy claramente, Galgano, *op. cit.*, p. 248.

198. Ni siquiera en este caso, sin embargo, según la doctrina ampliamente mayoritaria, la declaración es puesta entre paréntesis para hacer prevalecer la voluntad como hecho psíquico interno. El conflicto entre voluntad y declaración, que surge cuando es dudoso el significado de la declaración, es, en efecto, resuelto haciendo prevalecer una vez más, en la medida de lo posible, el «dato» representado por la declaración. Por un lado, en efecto, se recurre a la voluntad únicamente como un elemento útil para determinar el significado de la declaración en sede de interpretación del contrato. Por otro lado, la «teoría de la buena fe o de la confianza» supone que la declaración prevalece en cualquier caso sobre la voluntad «interna» del declarante. Cf., al respecto, en la literatura más reciente, Torrente y Schlesinger, *op. cit.*, pp. 178, 256; Zatti y Colussi, *op. cit.*, pp. 382, 423; Galgano, *op. cit.*, pp. 249, 262 s., 332.

199. Cf. el artículo 116.2 del cod. proc. civ. it. Sobre el valor probatorio de las respuestas ofrecidas por las partes en el interrogatorio libre, cf. Carpi, Colesanti y Taruffo, *op. cit.*, p. 214, y también Cappelletti, *op. cit.*, I, p. 93; Vaccarella, *Interrogatorio delle parti*, en *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, pp. 394 ss.

200. Sobre el problema de la credibilidad del juramento v., por todos, Nicoletti, *Il giuramento della parte nell'attualità del processo civile*, Rimini, 1982, pp. 12 ss., 25 ss., 38 ss., 55 ss., 118 ss., 211 ss.

201. Cf. el artículo 2733.2 del cod. civ. it. y el artículo 2734.

202. Sobre la declaración testifical de las partes en los ordenamientos de *common law* v. la reconstrucción histórica de Cappelletti, *op. cit.*, II, pp. 421 ss. [tr. cast. parcial, *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, a cargo S. de Sentís Melendo, Buenos Aires, 1972, pp. 319 ss.].

ción testifical *sobre esos hechos*, no sobre la voluntad o el conocimiento de Ticio; o bien es, por último, una forma de decir, simplemente, que el testigo sostiene, sin ningún elemento de confirmación, que Ticio quiere X o que sabe Y. En esta tercera hipótesis, que configura el caso-tipo de declaración testifical directa sobre un «hecho psíquico» ajeno, parece evidente que no se dispone de ninguna demostración aceptable de ese hecho, siempre que se quiera distinguir entre las reconstrucciones aceptables de la realidad y las fantasías, quizás, infundadas de los testimonios.

Así pues, parece que salvo en el caso de las declaraciones provenientes del propio «autor» del hecho psíquico, la única forma de determinar hechos de este tipo consiste en utilizar técnicas de reconstrucción *indirecta*. Esos hechos no pueden ser conocidos con los habituales medios de prueba; lo que se puede conocer con esos medios son hechos materiales a partir de cuya existencia y de cuyas modalidades se pueda argüir que un determinado sujeto tenga o haya tenido una determinada voluntad, el conocimiento de algún hecho, una determinada actitud valorativa, ciertos convencimientos, etc.

En línea de principio, el problema de la prueba de los hechos no materiales remite al problema de la prueba *inferencial* (o por presunciones), en la que, precisamente, el «hecho a probar» es típicamente derivado de otros hechos, aptos para fundamentar argumentos a favor de la existencia de aquel hecho²⁰³.

No por casualidad, en diversos casos la experiencia adquirida respecto de este punto ha llevado a la jurisprudencia a elaborar conjuntos de hechos que se consideran *sintomáticos* de la existencia de determinadas situaciones psicológicas. Esto es, se tiende a tipificar, aunque sea de forma elástica y no vinculante, las circunstancias (especialmente los comportamientos) cuya presencia comporta «normalmente» la de un determinado hecho psíquico. A menudo esta tipificación está latente en la jurisprudencia y no ha sido sujeta a una reconstrucción sistemática; otras veces, en cambio, parece más bien evidente para quien se pregunta analíticamente de qué forma son reconstruidos determinados hechos psíquicos en juicio²⁰⁴.

203. Sobre las peculiaridades de la prueba indirecta y, en particular, de la prueba por presunciones, v., *infra*, en el capítulo VI, 2.1 y 3.1.

204. Particularmente significativas son las orientaciones de la jurisprudencia acerca del conocimiento del estado de insolvencia a los efectos de la revocatoria ordinaria; al respecto, v. el agudo análisis de Gitti, *La ricostruzione indiziaria dell'elemento soggettivo nella revocatoria ordinaria*, en *Banca, borsa*, 1991, pp. 54 ss.

Análogamente, para el caso de la determinación de la intención fraudulenta de las

Fenómenos de este tipo se explican, por una parte, sobre la base de la extrema dificultad para determinar directamente el hecho psíquico y, por otra parte, sobre la base de la tendencia general de la jurisprudencia a construir esquemas típicos de indicios para supuestos de hecho particulares²⁰⁵.

Esos fenómenos producen, en cualquier caso, una consecuencia de notable interés, que puede ser sintetizada así: cuando el hecho jurídicamente relevante es verdadera y propiamente un hecho psíquico (no reducible o reconducible a una declaración), casi nunca es determinado directamente. El verdadero «objeto del conocimiento» del juez son, en cambio, indicios que tienden a ser recogidos en esquemas tipificables, bajo la premisa de que esos indicios típicos producen con razonable seguridad la determinación del hecho psíquico en cuestión, al que la norma atribuye consecuencias normativas. Es, sin embargo, muy discutible la idea de que realmente, en esas situaciones, el juez determine la verdad o la existencia de un «hecho psíquico interno» del mismo modo en que determina presuntivamente un hecho material del que no tiene prueba directa. Sucede, en cambio, que *en lugar* del hecho psíquico interno el juez conoce *sólo* indicios que encajan en un esquema típico, y sobre la base de *ese* conocimiento considera subyacente el supuesto de hecho que se trata de determinar. Decir que, en ese caso, se está ante una determinación indirecta pero tipificada del hecho psíquico es quizás una inútil complicación formalista.

Es probablemente más realista pensar que ese hecho psíquico no es en realidad determinado; es más bien «sustituido» por una constelación de indicios que se consideran típicamente equivalentes al mismo y que representan el verdadero objeto de la determinación probatoria. En resumen, el hecho psíquico interno no existe como objeto de prueba y su definición normativa es sólo una formulación elíptica cuyo significado se reduce a las circunstancias específicas del caso concreto.

partes en el negocio en fraude de ley, cf. Gitti, *Il contratto in frode alla legge: itinerari della giurisprudenza*, en *Riv. crit. dir. priv.*, 1989, pp. 702 ss., 726 ss.

205. Sobre la tendencia a «tipificar» los criterios de valoración de las pruebas v., en general, Schneider, *Beweis und Beweiswürdigung*, München, 1987, pp. 34 ss.

En particular, sobre la construcción de «familias» o «combinaciones» de indicios cf. Bender, Röder y Nack, *Tatsachenfeststellung vor Gericht*. Band I. *Glaubwürdigkeits- und Beweislehre*, München, 1981, pp. 205 ss.; Schneider, *op. cit.*, pp. 94 ss. En general, sobre el concepto de *Anscheinsbeweis*, fundado precisamente en la tipificación de grupos de circunstancias, v., *infra*, capítulo VI, 3.5.