

**LOS “HECHOS” EN EL PARADIGMA LEGALISTA
Y EN EL PARADIGMA CONSTITUCIONALISTA**

Por Rodolfo Vigo

Propósito: El cambio del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional que se fue produciendo -en Europa continental y desde ahí a América Latina- después de la segunda guerra mundial, afectó transversalmente al derecho, al Estado y a los juristas. Esos tres ámbitos fuertemente interrelacionados, fueron experimentando transformaciones en sus características principales y troncales, hasta convertirlos en realidades muy diferentes. Es cierto que los cambios se constatan fundamentalmente observando la misma realidad, pero si uno se instala en el espacio académico tradicional, lo más probable es que no los advierta en toda su magnitud; pues es bastante evidente que en nuestras Facultades de Derecho predomina, en general, una notable inercia que impide reconocer y asumir la nueva realidad, y así se sigue preparando a los futuros profesionales del derecho como si casi nada nuevo hubiese ocurrido en los últimos doscientos años.

Atento a ese carácter expansivo e integral de los cambios, nada del mundo del derecho “vivo” ha quedado igual, por eso es interesante comprobar la distancia que fue paulatinamente configurándose entre la enseñanza oficial del derecho y como éste aparecía ante los juristas cuando debían operarlo. Es que se prepara a los juristas para un mundo que ha dejado de existir, y de ese modo se los condena a una especie de esquizofrenia, atento a que el aparato conceptual con el que se los ha dotado, no les sirve para entender y operar en la realidad donde deben actuar. En definitiva, los profesionales del derecho que tienen que prestar su servicio a la sociedad carecen de una teoría apropiada para “ver”, comprender y responder apropiadamente al y en el derecho.

En el presente artículo prestaremos atención a los aludidos cambios producidos específicamente en el terreno de los “hechos”, según son identificados o asumidos por el derecho y por los juristas. Trataremos de ir señalando como eran visualizados en las reglas del derecho, en los procesos y por los abogados y jueces en el Estado de Derecho Legal (EDL), y como lo son en la realidad de los actuales Estados de Derecho Constitucional (EDC). Por supuesto que a los fines de poner de relieve el siguiente contraste, optaremos por destacar y acentuar los cambios, evitando los necesarios matices, y también somos conscientes que la nómina a referirnos podría haberse reducido subsumiendo características. Algunas de éstas se conectan de

manera directa con los “hechos” y su despliegue procesal, otras remiten a la matriz donde ellos se definen, y por ende, la conexión es más indirecta, e incluso a veces atendemos genéricamente al marco del proceso por sus implicancias sobre el tema en cuestión. El esquema que usaremos será primero indicar una característica del EDL, y a continuación, con la misma numeración, cómo ha quedado ella transformada en el EDC.

1. La juridicidad fáctica la establecía exclusivamente el legislador.

Si en el EDL el derecho era lo contenido en la ley, resultaba coherente postular que le correspondía a la misma “voluntad general” establecer cuáles serían los hechos que resultarían de carácter jurídicos, y por ende, debían ser atendidos por los juristas. Sin esa asunción en la ley no había hechos de interés para el derecho, y correspondía –al mismo tiempo- raigal y libremente al legislador definir ese ámbito. Fuera de la ley no había derecho, ni por ende tampoco hechos jurídicos, y estrictamente no había determinaciones apriorísticas que condicionaran o limitaran la voluntad legislativa o autoritativa. Conocidas afirmaciones de los profesores de la exégesis francesa como Bugnet: “yo no enseño derecho civil, sino Código de Napoleón”, o típicas expresiones formuladas por Kelsen: “El derecho puede tener no importa qué contenido, pues ninguna conducta humana es inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica”³⁶², confirman que no hay hechos que tengan alguna juridicidad fuera de la establecida por las normas.

1'. Los hechos con su inescindibilidad jurídica.

Desde la filosofía jurídica clásica había conciencia que hay deudas de alteridad o de justicia que deben o pueden ser asumidas por las normas, mientras que hay otras deudas de justicia que son estrictamente morales dado que no pueden ser exigidas por las normas jurídicas en razón de que resultan impagables (las que tienen un hijo respecto a los padres) o se desnaturalizan si son exigidas con coerción (las de agradecimiento o amistad). Esa juridicidad impuesta al que crea derecho se revela en

³⁶² KELSEN, Hans *Teoría Pura del Derecho*, EUDEBA, Buenos Aires, 2015, p. 136.

el “contenido mínimo de derecho natural” de Hart señalando exigencias que debe asumir el derecho porque de lo contrario éste se tornaría inviable³⁶³; o en Fuller con su “derecho natural procesal” y sus ocho exigencias inescindiblemente unidas a la existencia del derecho³⁶⁴; o también cuando Alexy postula la incompatibilidad del derecho con los órdenes “absurdos”, “depredatorios” o “extremamente injustos”³⁶⁵. En definitiva, hay hechos de la convivencia humana (el homicidio, el cumplimiento de lo acordado, etc.) que el derecho y los juristas siempre han asumido en el ámbito de su competencia, y que no pueden dejar de hacerlo si pretenden ser reconocidos como tales y se proponen la subsistencia de la vida social.

2. *Los hechos jurídicos reducidos a la ciencia de la ley.*

El saber jurídico auspiciado o promovido en el marco del EDL era el científico, pues a él le correspondía describir, interpretar y sistematizar a las normas jurídicas positivas. De ese modo eran los iuscientíficos los encargados de estudiar los hechos en el derecho, los que coincidían exactamente con los casos que habían sido definidos por el autor de la norma como hipótesis de ciertas consecuencias coercitivas. El norte que guiaba al jurista en general, y al científico jurídico en particular, era ser fiel a la voluntad del legislador, y nunca juzgar a la ley sino desde la ley. Según ese paradigma, se suponía que la jurisprudencia era la mera “aplicación” al caso de la ley sin crear nada para el derecho, incluso pesaba sobre el juez la amenaza del delito de prevaricato si se apartaba del único sentido fijado en la ley. La reiterada fórmula de Montesquieu de los jueces como “bouche de la loi” ratifica la irrelevancia de los hechos en la tarea judicial. La “presunción del legislador racional”, los métodos interpretativos taxativamente establecidos y el silogismo deductivo, clausuraban todo interés más allá del conocimiento de la ley. Una pieza importante de ese *iter* aplicativo fue una visión ingenua o “mágica” del lenguaje legislativo a la hora de definir los hechos genéricos, que ignoraba las

³⁶³ VIGO, Rodolfo *Vinculaciones entre el derecho y la moral en H. L. A. Hart*, en VIGO, Rodolfo *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006.

³⁶⁴ FULLER, Lon *The morality of law*, Yale University, 1964, cap. 2.

³⁶⁵ VIGO, Rodolfo *La teoría discursiva no positivista en Robert Alexy*, en VIGO, Rodolfo, op. cit.

indeterminaciones y problemas –semánticos, sintácticos y pragmáticos– que el mismo genera.

2'. *Los hechos jurídicos “jurisprudenciales” como enriquecimiento de las normas*

Enseña la hermenéutica alemana que uno de los “círculos hermenéuticos” que corresponde reconocer a los juristas, es el que se da entre los “textos” de las normas y los “casos” que son regulados por los mismos, de esa manera una norma es no solo su texto, sino también los casos a los que brinda respuesta, y así, al día siguiente de su promulgación casi no sé nada de ella, pero al cabo de varios años de vigencia y aplicación estaré en condiciones de saber mucho más de la norma (pensemos en la norma que prescribe la caducidad de instancia de un proceso que no recibe actos impulsorios durante un plazo, pues el conocimiento completo de esa norma dependerá de las definiciones jurisprudenciales que se vayan haciendo de los actos a los que se les reconocerá o no carácter impulsorio). Los hechos de interés y responsabilidad para los juristas no sólo son establecidos por el legislador y estudiados por el científico, sino que competen al abogado y al juez ir enriqueciendo y hasta corrigiendo (especialmente vía excepciones) aquellas definiciones. Si coincidimos en la metáfora de Engisch de que la decisión judicial se devela en un “ir y venir de la norma a la cosa” (“*Hin- und Herwandern des Blickes zwischen Obersatz und Lebenssachverhalt*”)³⁶⁶, podemos concluir que el ignorar la jurisprudencia condena al jurista al desconocimiento completo de los hechos de relevancia jurídica.

3. *Los hechos jurídicos procesales como casos fáciles.*

Parafraseando con libertad a Calsamiglia³⁶⁷ podemos decir que el iuspositivismo normativista gusta hablar de casos genéricos y fáciles, de ese modo los hechos de los procesos son instancias individuales de los generales definidos en

³⁶⁶ ENGISCH, Karl, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, Carl Winter-Universitätsverlag, Heidelberg, 1960, p. 10 y ss.

³⁶⁷ CALSAMIGLIA, Albert, *Poositivismo*, en *Doxa : Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 21, vol. I (1998), Universidad de Alicante, pp. 209-220.

las normas. La confianza en la voluntad infalible del legislador y el propósito central que guió al EDL decimonónico en aras de la seguridad jurídica, suscitaba la convicción que el trabajo de los juristas consistía en subsumir el caso concreto en el genérico contemplado en alguna norma general ya dada. Ese trabajo prometía ser muy sencillo (Montesquieu habló de los jueces como “seres inanimados”) dado que los juristas no “creaban” nada sino “aplicaban” la ley. Desde esa lógica resultaba coherente no incorporar en los planes de estudios de formación de juristas a la jurisprudencia, dado que ella era mera repetición de la ley. Se suponía que los casos atendidos por jueces y abogados eran ejemplos concretos de los previstos genéricamente en las normas, y por ende, no ofrecerían dificultades el brindarles las respuestas que tienen previstas en el derecho normativo autoritativamente puesto ,y que aquellos habían estudiado y memorizado en la carrera respectiva.

3'. Los hechos jurídicos procesales como casos difíciles.

La más elemental experiencia jurídica confirma que los hechos que convocan el trabajo de abogados y jueces son casos ya difíciles o que pueden llegar a serlo en manos de juristas dispuestos a buscar respuestas jurídicas no sólo en las normas (respuestas explícitas), sino también en principios y valores jurídicos (respuestas implícitas). Lo más probable es que si el caso no ofrece dificultades en su solución jurídica, no alcance a ningún estrado abogadil o judicial, dado que ella revelaría una clara incompetencia profesional. El interés por la atención profesional de un caso es directamente proporcional a su nivel de complicación en su respuesta. Advirtamos que casos tan simples como el vencimiento de los plazos procesales, llegaron a convertirse en difíciles y posibilitaron la creación pretoriana del llamado “plazo de gracia”, pero ello siempre requerirá de juristas –abogados y jueces- dispuestos a comprender las complejidades de los casos y la necesidad de ajustar respuestas a las particularidades de los mismos. La fórmula de Kaufmann típicamente hermenéutica que “aplicar derecho es descubrirlo”, sintetiza el carácter inédito o renovador que conllevan los casos, por eso nunca será igual estudiar la ley en abstracto que aplicado el derecho en los casos.

4. El “juridicismo” de los hechos jurídicos.

Una nota típica del saber jurídico funcional al EDL era su “juridicismo” o “insularismo”(Nino) en tanto se afirmaba el carácter autosuficiente y autónomo del derecho, de manera que su conocimiento era posible prescindiendo de otros saberes como la moral, la religión, la economía, la política, etc. Buen reflejo de esa característica eran los planes de estudios destinados a formar a los juristas, en donde sólo se computaban materias contenidas en normas y códigos que eran a su vez enseñadas por profesionales del derecho, y, así, brillaban por su ausencia saberes no jurídicos como la genética, la ingeniería de accidentes, la psiquiatría, etc. Las Facultades de Derecho eran “islas” solo habitadas por juristas y en las que sólo había normas, porque lo demás se daría por añadidura o se descartaría por carecer de naturaleza jurídica. Para conocer los hechos que iban a ser respondidos por los juristas, lo central y decisivo eran los mismos juristas que para ello conocían las normas.

4'. El conocimiento de los hechos desborda al jurista.

Cada vez resulta más claro que para conocer los hechos respecto a los cuales los juristas brindarán una respuesta jurídica es poco o nada lo que ellos pueden aportar, más bien se requiere de saberes no jurídicos que les digan cómo ocurrieron. Una demanda de filiación hace unas décadas atrás requería de un repertorio de pruebas en cuya propuesta y producción la intervención de los juristas resultaba decisiva, sin embargo, hoy la respuesta jurídica sólo requerirá en la práctica de una prueba de ADN realizada sobre algún material genético del demandado. De la misma manera que para establecer responsabilidades jurídicas en un accidente de tránsito se torna imprescindible escuchar a los ingenieros y sus fórmulas matemático-físicas. Es evidente el avance permanente de los saberes no jurídicos y las posibilidades que ellos ofrecen para conocer con verdad los hechos implicados en los procesos judiciales. Se torna necesario que Poderes Judiciales y Facultades de Derecho generen puentes con instituciones científicas o académicas ajenas al derecho como para nutrirse de medios que lleven al mejor y verdadero conocimiento de los hechos.

5. *La teoría de las dos verdades.*

La prestigiada escuela procesalista italiana representada por autores como Carnelutti afirmando que el objeto del proceso es la fijación formal de los hechos pero no la verdad³⁶⁸, o por Chiovenda³⁶⁹ cuando sostenía que la única verdad que cuenta es la que establece el juez en su sentencia, terminó consolidando la tesis de que una era la verdad procesal o formal y otra la verdad real o material, resultando funcional a la misma la difundida enseñanza que “lo que no estaba en el expediente no estaba en el mundo”. De ese modo la prueba, el proceso y el juez quedaban desligados de la verdad, y ésta disponible para ser establecida discrecionalmente por las partes y el juez. Son funcionales a esa visión: las posturas escépticas en materia gnoseológica; las que reducen la lógica jurídica a la retórica o la persuasión; las que tienen una visión iusprivatista del proceso; las que remiten la decisión judicial a la “íntima convicción” y las que asignan como objeto exclusivo del proceso la ejecución de la ley o la resolución del conflicto.

5'. *La verdad como condición de la justicia.*

Es ésta una de las tesis centrales de Michele Taruffo³⁷⁰ y de ella se desprende que si el objeto del proceso es la justicia (en el sentido que cada una de las partes se quede con lo que le corresponde), antes debe preocuparse por encontrar la verdad acerca de los hechos que motivaron el conflicto. Para el profesor de Pavía el procedimiento judicial puede interpretarse como una empresa epistémica orientada a conocer la verdad de los hechos de la causa, y ella es definida en términos de “correspondencia” dado que consiste en decir fundadamente como sucedieron realmente aquellos, por eso, no cabe exagerar en la distinción entre el juez y el científico o el historiador, más allá de los límites que el derecho establece en función de otros valores a los medios epistemológicos idóneos para la verdad. En definitiva,

³⁶⁸ CARNELUTTI, Francesco, *La prova civile*, Giuffrè, Milano, 1962, p. 29.

³⁶⁹ CHIOVENDA, Giuseppe, *Principii di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 1965, p. 79.

³⁷⁰ TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, Trotta, Madrid, 2002, p. 64.

la verdad tiene –como lo destaca Taruffo³⁷¹- un valor moral (sería insostenible un sistema ético basado en la falsedad o en la indiferencia respecto a la verdad), un valor político (la democracia requiere la verdad, así como los totalitarios se nutren del engaño), un valor epistemológico (el conocimiento supone la posibilidad de distinguir la verdad del error), un valor jurídico y procesal (la justicia no puede apoyarse en el error o la mentira). Si el proceso y el juez renuncian o les resulta indiferente la verdad, ello implica también despreocuparse de la justicia.

6. *La separación entre “quaestio facti” y “quaestio iuris”.*

La revolución francesa en absoluta coherencia con sus ideas políticas y jurídicas centrales, creó en 1790 el Tribunal de “*Cassation établi auprès du corps législatif*” con el objeto de controlar a los jueces en orden a la mera aplicación de la ley sin modificarla y ajustándose estrictamente a lo dispuesto por su autor e intérprete auténtico. De ese modo quedaban excluidas de la casación las cuestiones fácticas, y su propósito final era garantizar la uniformidad de la jurisprudencia, contando para ello con el auxilio de la institución del “*référé législatif*” que evitaba a los jueces despejar dudas sobre la ley por vía de la intervención del Poder Legislativo. La casación fue una -al decir de Calamandrei³⁷²- “obra maestra del racionalismo iluminístico”, y sin duda que la separación entre los hechos y el derecho a los fines de un control reducido a éste último, implicaba un notable y forzado recorte de la realidad que perturbaba intrínsecamente a un razonamiento judicial orientado a ajustar la solución jurídica al caso que debía resolver.

6'. *La superación de la separación entre el hecho y su derecho.*

Un viejo aforismo romano enseñaba “*ex facto oritur ius*”, y aún cuando sea posible teóricamente aducir aquella distinción, lo cierto es que a la hora de una respuesta judicial argumentada para un cierto caso, resulta imposible, distorsionante, artificial o inexacto separarlos (Cfr. Guasp, Rotondi, Sentís Melendo, Mazzarese,

³⁷¹ TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 109 y ss.

³⁷² CALAMADREI, Piero, *Función de la jurisprudencia en el tiempo presente*, en *Estudios sobre el proceso civil*, Ed. Jurídicas Europa-América, Bs. As., 1986, t. III, p. 249.

etc.). Es que en el razonamiento del jurista cuando habla de los “hechos” lo hace pensando en el “derecho”, así lo destaca G. Ubertis: ”si el juicio sobre la *quaestio facti* no puede ser nunca de ‘puro hecho’ al estar estructurado por referencia a coordinadas jurídicas, el juicio sobre la *quaestio iuris* está necesariamente ligado al ‘hecho’³⁷³. En la experiencia y práctica jurídica se confirma no sólo lo difícil que resulta intentar comprender exhaustivamente lo que se ha decidido jurídicamente sin conocer al mismo tiempo el caso o el hecho que se resolvió, sino también los esfuerzos jurisprudenciales que se han ido haciendo a los fines de evitar que la casación genere respuestas absurdas o irracionales. Más aún, pretender un control lógico del razonamiento del juez reducido a la premisa normativa supone un cercenamiento del mismo que lo imposibilita o distorsiona³⁷⁴. A este respecto es muy ilustrativa la decisión de la Corte Suprema argentina que, siguiendo una orientación que se va haciendo cada vez más visible en la jurisprudencia comparada en orden a superar el esquema originario de la casación, en la causa “Casal”³⁷⁵ (año 2005) se terminó de ampliar dicho recurso a la materia de los hechos.

7. El proceso en clave *iusprivatista* y liberal.

En el marco de la filosofía política liberal típica del XIX el proceso quedaba disponible para las partes ,de tal manera -apelando una vez más a Taruffo- “el proceso se inicia cuando las partes quieran y sobre lo que ellas decidan, duran cuanto las partes quieran y se desarrolla como ellas decidan, y termina cuando ellas no tengan nada más que decir”³⁷⁶. Es que la “acción” para instar un proceso era algo secundario e instrumental al derecho subjetivo que el actor buscaba proteger, y, por ende, el proceso quedaba a la completa disposición del titular del derecho sustancial que se procuraba tutelar mediante un juez, cuya función era estar a disposición de los dueños del proceso y dictar una sentencia respecto a ellos exclusivamente. El Estado de aquella ideología política era un mal necesario, pero debía ser mínimo ,y el juez no era considerado un poder sino parte de la administración. Los derechos que en

³⁷³ UBERTIS, Giulio, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 75.

³⁷⁴ Cfr. IBÁÑEZ, Perfecto A., *En torno a la jurisdicción*, Editores del Puerto, Bs. As., 2007, p. 214.

³⁷⁵ Fallos 328:3399.

³⁷⁶ TARUFFO, Michele, *Páginas sobre justicia civil*, marcial Pons, Madrid, 2009, p.155.

última instancia estaban en juego en el proceso los había fijado la ley, y paradigmáticamente se reducían en última instancia a la propiedad, la seguridad jurídica, la libertad e igualdad entendidas en términos formales y abstractos. En definitiva, los hechos del proceso padecían y se ajustaban a esa matriz iusprivatista y liberal.

7'. La constitucionalización del proceso.

En el EDC el servicio de justicia se convierte en un derecho humano, y los Tratados respectivos así lo reconocen. En efecto, éstos incluyen el acceso a la justicia y a una tutela efectiva de los mismos derechos, y la obra de Mauro Cappeletti al respecto es un buen reflejo de la amplitud e importancia del movimiento a favor de ese “acceso”³⁷⁷. La protección al goce efectivo de los derechos supone, desde la etapa previa al proceso, el derecho a contar con un asesoramiento profesional adecuado, como también durante el “debido proceso” y después en relación a que el juez cuente con los medios para que se respete su decisión. A los fines señalados se requiere atender a las diferencias y desigualdades que se apoyan en el ámbito de lo cultural, económico, lingüístico, social, etc., de modo que las debilidades reales y concretas de aquellos que llegan a tribunales, sean subsanadas en la medida de lo posible por el Estado como responsable último del bien común. En ese marco aparece la definitiva configuración de un Poder Judicial como verdadero Poder del Estado, al que se le deben proveer de los medios necesarios para cumplir tal decisivo cometido. El derecho del EDC se afirma al servicio de cada uno de los ciudadanos, y al constitucionalizarse entran en crisis institutos procesales clásicos como la legitimación en causa y la *res judicata*, de ese modo el proceso se abre a derechos colectivos o supraindividuales y las sentencias se extienden y benefician más allá de las partes procesales, con todas las implicancias que ello trae aparejado a la materia de los hechos y su prueba.

³⁷⁷ CAPPELETTI, Mauro, *Access to Justice*, Alphen aan den Rijn, Giuffre-Sijthoff & Noordhoff, Milano, 1978, vols. 1-4.

8. *Los hechos se describen.*

En el marco del EDL se suponía que la norma jurídica “describía” los hechos de los que luego los juristas se ocuparían, cuando entendían en asuntos que se resolverían mediante la subsunción de esos hechos concretos en los genéricos definidos como supuestos fácticos de consecuencias jurídicas. En buena medida había una confianza en la claridad de aquella definición fáctica de la norma y la prueba en el proceso se dirigía a verificar la existencia de una instancia individual de aquella descripción genérica. En definitiva, la explicación silogística remite a un jurista cuyo trabajo es subsumir casos individuales en los genéricos ya contemplados en las normas jurídicas generales de manera abstracta, por eso el esfuerzo central de los juristas es la comprensión acabada de esas definiciones realizadas por el legislador de una manera clara, exhaustiva y completa. Es que el saber funcional al EDL fue un saber teórico o especulativo, y se rechazaba por inviable o peligroso la posibilidad de un saber evaluativo o directivo de conductas y normas.

8'. *Los hechos y su valoración.*

Frente al punto inmediato anterior destaquemos: a) que “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”³⁷⁸; b) las descripciones fácticas normativas padecen los problemas que conlleva el recurso de un lenguaje cargado de vaguedades y ambigüedades, por eso el jurista se enfrenta a “hechos institucionales” y no a “hechos brutos”; c) una distinción consolidada en la teoría actual es entre el texto de la norma y el significado normativo del mismo, y ello tiene relevancia como para subrayar las posibilidades significativas que ofrece aquél y cuya elección queda en manos del jurista; d) los hechos, en orden a su relevancia y respuesta jurídica, conllevan valoraciones, pero además hay hechos que exigen ser conocidos directamente como valorativos (por ej. daño grave, convivencia intolerable, etc.); e) las valoraciones fácticas suponen especialmente confianza en la posibilidad de su justificación racional, sin perjuicio

³⁷⁸ TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, cit., p. 93.

de la prueba de los hechos ocurridos; f) el hecho implicado en un litigio es “construido”³⁷⁹, y a tales fines, el proceso con sus elementos característicos, como presunciones, carga de la prueba, etc. cumplen un papel decisivo; y g) es importante en orden a la prueba del hecho ,reconocer sus diferentes tipos: principal o secundario, relevante o irrelevante, complejo o simple, colectivo o individual, etc., como así también la eficacia probatoria de los diversos medios.

9. El juez como “arbitro” pasivo.

Aquí resulta suficiente apelar una vez más a la autorizada palabra de Taruffo:”...la ideología liberal clásica del proceso civil, que estaba presente en el código francés, pero que se difunde y consolida especialmente a partir de la mitad del siglo XIX. El eje de esta ideología está constituido por la idea de que el proceso civil es esencialmente una *Sache der Parteien*, es decir, un lugar en el que la solución de toda controversia se consigue a través de la libre, incondicionada e ilimitada iniciativa de sujetos individuales privados. Cada uno de estos sujetos hace valer en el proceso sus propios intereses, que se confrontan con los de otros individuos. El proceso civil, entonces, es visto exclusivamente como una competición entre partes privadas. El Estado, cuya presencia también en el campo de la justicia debe ser ‘mínimo’, debe limitarse a prestar los servicios necesarios (los jueces, tribunales, los auxiliares de la justicia) y a prescribir las reglas del juego, o sea, las normas procesales; pero no puede gestionar ni condicionar el desarrollo de la competición entre los particulares, ni mucho menos determinar o condicionar el resultado. De otro lado, en la concepción dominante en este período, la ‘acción’, es decir, la posibilidad de dirigirse ante un juez para la tutela de un derecho, no es más que un aspecto secundario e instrumental del concreto ‘derecho subjetivo’ sustancial que se trata de tutelar”³⁸⁰.

³⁷⁹ HRUSCHKA, Joachim, *Die Konstitution des Rechtsfalles*, Duncker & Humblot, Berlin, 1965.

³⁸⁰ TARUFFO, Michele, *Páginas sobre justicia civil*, cit., p. 154.

9'. *El juez como director del proceso*

Aquel juez burócrata y funcionario del EDL hoy no es funcional a las exigencias del EDC y a los derechos comprendidos en un servicio de justicia apropiadamente prestado. En ese contraste, lo mejor es seguir con Taruffo: "En los sistemas procesales de *civil law* ha surgido, en la segunda mitad del siglo XX, la tendencia a atribuir al juez civil un papel activo en la adquisición de la pruebas y en la averiguación de la verdad. En algunos casos, esa tendencia se manifiesta, como en España, con la atribución al juez de la facultad de solicitar a las partes que pidan las pruebas que él considera necesarias para la determinación de los hechos. Generalmente, en cambio, la tendencia se traduce en la atribución al juez de poderes de iniciativa instructiva autónoma: en algunos casos estos poderes tienen alcance general, como ocurre en Francia con base en el art.10 del *Code de Procédure Civil*, mientras que en otros casos se trata de un poder no general, pero muy amplio, como ocurre en Alemania (donde el juez puede decretar de oficio todos los medios de prueba salvo la prueba testimonial), o de un poder suficientemente amplio, como ocurre en Italia (donde el juez de lo laboral puede ordenar de oficio todos los medios de prueba, mientras el juez ordinario puede ordenar de oficio algunos de ellos)"³⁸¹. Por supuesto, que el profesor italiano se encarga de rechazar fundadamente las críticas (fuertemente ideológicas) que imputan a esos nuevos poderes del juez a visiones totalitarias, pues de lo que se trata es de comprender que el proceso tiene por fin la justicia y para ello es necesario la verdad, y ésta requiere de un juez "activo" (en un papel subordinado y complementario) aunque no "inquisitivo"³⁸².

10. *La escasa atención de los peritos y su prueba.*

En base a lo que llevamos dicho, no puede sorprender que la respuesta institucional típica del EDL respecto a los peritos es notoriamente ligera o incorrecta, así se constata en general: a) todos tienen el mismo status en base a un título habilitante, cualquiera sea el nivel de la institución que lo otorgó o el nivel de actualización profesional; b) no se tienen en cuenta el estado y actualidad del

³⁸¹ TARUFFO, Michele, *Páginas sobre justicia civil*, cit., p. 51.

³⁸² TARUFFO, Michele, *Páginas sobre justicia civil*, cit., p. 357 y ss.

instrumental tecnológico que dispone el perito; c) la lista de peritos se construye en base al cuadro de títulos expedidos básicamente por las universidades, sin tener en cuenta las posibilidades epistemológicas que proveen los distintos tipos de saberes (no es lo mismo la certeza de un informe psicológico que otro generado en la física o química); d) la ignorancia o autismo del juez en cuanto a la materia del perito conspira contra un pedido de informe técnico eficaz en orden a descubrir la verdad; y e) no se tienen en cuenta los antecedentes éticos del perito. A ello se suma la ignorancia total del juzgador acerca del contenido del informe pericial y las dificultades procesales e institucionales para suplir la misma, lo que convierte a dicho informe en una prueba decisiva o que el juez no tiene posibilidad de criticar a pesar de ser formalmente reconocido por los Códigos Procesales “perito de perito”.

10'. La relevancia de la prueba pericial y científica.

Frente a los medios de prueba tradicionales hoy –de manera creciente y confiable- cabe recurrir a pruebas aportadas por expertos o científicos, lo que pone en aprietos al rol del juez como *peritus peritorum*. La jurisprudencia norteamericana es rica en el tratamiento de dicha prueba, y así la sentencia de 1993 dictada por la Corte Suprema en el caso “*Daubert v. Merrel Dow Pharmaceutical, Inc.*”³⁸³ resulta un antecedente forzoso. En ella se señalan criterios de orientación del juez en relación a la exclusión o admisión de pruebas científicas, tales como: a) la controlabilidad y falsabilidad de la teoría que está en la base de la prueba científica; b) el porcentaje de error que conlleva la técnica empleada; c) el control sobre la teoría o técnica empleada por parte de otros expertos o científicos; y d) el respaldo que le presta la comunidad científica a la teoría o técnica empleada. Desde una perspectiva epistemológica está claro que no todas las ciencias resultan igualmente confiables en orden a la verdad que supuestamente suministran, y así cabe distinguir entre las “ciencias duras” con métodos controlables y empíricamente verificables (como la física, la química, la biología, etc.), de las ciencias humanas o sociales (como la sociología, la crítica artística, la psicología, etc.), pero también Taruffo se encarga de distinguir entre la “buena” ciencia y la “mala” ciencia (“*junk science*”),

³⁸³ 509 U.S. 579 (1993).

entre éstas menciona a la astrología, la quiromancia, etc., y además, el profesor italiano desacredita como “pseudociencias” a la grafología, el análisis de huellas dactilares o el uso de máquinas de la verdad, e incluso sus interrogantes avanzan sobre “pruebas científicas que fueron considerada absolutamente fiables, por ejemplo la de las ‘huellas génicas o de ADN’, están ahora bajo escrutinio y su validez puede ser impugnada”³⁸⁴.

11. Las decisiones probatorias.

Distintos autores (J.Frank, K.Larenz, P. A. Ibañez, etc.) han destacado que las decisiones judiciales en materia de prueba y hechos resultan los momentos de la mayor discrecionalidad y del más difícil control. Ello obviamente se agrava cuando se sostienen posturas escépticas sobre la razón y la verdad, o teorías que la circunscriben a persuasión o coherencia. Aún hoy existen voces doctrinarias y jurisprudenciales que remiten aquellas decisiones judiciales al libre convencimiento del juez (la divulgada fórmula francesa de la “*intime conviction*”), de esa manera la decisión puede carecer de razones que la justifican y, consecuentemente, resulta incontrolable e insusceptible de ser criticada. También pueden verificarse una serie de recursos de amplio uso tribunalicio que en definitiva abonan en el mismo sentido, como por ejemplo apelar a un análisis integral de la prueba producida, evitando, por esa vía, un análisis puntual de cada una de ellas; o también basarse en informes periciales que son aceptados dogmáticamente y sin ninguna consideración crítica. La obsesión juricista y normativista que caracterizó al paradigma del EDL brindaba un apropiado paraguas de ignorancia entre los profesionales del derecho respecto del mundo de los hechos.

11'. La argumentación probatoria.

El debido proceso legal alcanza a la sentencia judicial que debe ser motivada, fundada o justificada, o sea, donde las diferentes afirmaciones o premisas del razonamiento contenido en ella cuenten con argumentos o razones jurídicas válidas,

³⁸⁴ TARUFFO, Michele, *La prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 98.

coherentes, suficientes e idóneas que las respaldan. Esta pretensión de racionalidad judicial abarca el campo de los hechos, y así hoy existen diversos ordenamientos favorables a la elaboración de esquemas racionales del juicio de hecho, principalmente a través del razonamiento probatorio y de las inferencias en las cuales éste se articula. Se habla así de una 'lógica del juicio de hecho', aludiendo a los modelos lógicos elaborados con el fin de racionalizar la valoración de la prueba y los argumentos en los que se basan los juicios admisibles de verdad o falsedad acerca de los enunciados fácticos. Una tendencia histórica va en el sentido de utilizar esquemas traídos de la teoría de la probabilidad para racionalizar las decisiones que los jueces toman en situaciones de incertidumbre, como las que versan sobre los hechos. No obstante, parecen inaplicables los cálculos de la probabilidad estadística, de manera que una orientación más admisible es la que parte de la concepción de la probabilidad lógica como confirmación de hipótesis sobre la base del conocimiento disponible en cada caso. Se hace esencial, entonces, el análisis de las formas de inferencia y de los relativos encadenamientos, que representan el fundamento de la validez lógica del juicio de hecho. Los modelos que se derivan de allí son instrumentos de racionalización del razonamiento probabilístico, y por tanto son también instrumentos de control de la admisibilidad de las hipótesis de hecho que se asumen como 'verdaderas' a los fines de la decisión³⁸⁵. Perfecto A. Ibáñez ha llegado a proponer una nueva estructura en la sentencia judicial en lo referido a los hechos la que quedaría así: 1. Antecedentes procesales; 2. Hechos probados; 3. Motivación: a) Sobre los hechos; y b) Fundamentos de derecho³⁸⁶.

12. La petrificación de la cosa juzgada.

La seguridad fue uno de los derechos incluidos en la Declaración de 1789, y por supuesto era un valor central para una visión burguesa y liberal. Así la seguridad jurídica, en tanto posibilidad subjetiva de conocer anticipadamente las consecuencias jurídicas de los comportamientos realizados y nota objetiva del derecho que torna indiscutible lo que él define, se constituye en la finalidad exclusiva o excluyente del mismo derecho, desplazando a la justicia a un valor secundario. En definitiva, la cosa

³⁸⁵ TARUFFO, Michele, *Páginas sobre la justicia civil*, cit., p. 402.

³⁸⁶ IBÁÑEZ, Perfecto A., *En torno a la jurisdicción*, cit., p. 247 y ss.

juzgada apoya decididamente a la seguridad jurídica en tanto que la sentencia que ha pasado en esa autoridad ha creado una verdad (Pothier habla de “*vérité judiciaire*”) que se torna indiscutida cualquiera sea la realidad y los argumentos racionales que pudieran esgrimirse contra ella en nombre de la “*vérité varie*” (Pothier) o de la justicia³⁸⁷. Esa tesis de “*res judicata pro veritate accipitur*” queda consagrada en el Código de Napoleón, y con ese respaldo termina imponiéndose en los derechos del EDL, de manera que una que vez que ha quedado firme lo sentenciado no hay otra realidad para el jurista que la definida en la misma, y consecuentemente la cosa juzgada tiene capacidad de purgar hasta la nulidades de orden público, como lo contemplan códigos procesales.

12'. La revisión de la cosa juzgada.

La preocupación por la justicia, lo racional y la realidad que caracterizan al derecho del EDC, impactan en aquella “ficción de verdad” (Savigny) que suponía la cosa juzgada, y consecuentemente, comienzan a reconocerse excepciones o vías de impugnación a la misma. Es que si la sentencia se ha tornado fraudulenta o resulta evidentemente absurda desde un punto de vista axiológico o racional, no puede pretender validez, por lo que cabe arbitrar medios que posibiliten su revisión. En perspectiva procesal actual se destaca que la cosa juzgada ha dejado de lado aquella matriz esencialista que llevaba a la doble verdad, y es asumida en términos funcionales en tanto ella simplemente impide una decisión sobre lo que ya se ha decidido,”...la doctrina europea termina mostrando una convergencia significativa con la concepción angloamericana de la cosa juzgada que, partiendo del tradicional instituto del “*estoppel*”, ha llegado en sus desarrollos recientes a no abandonar del todo la expresión *res judicata*, sino configurando el fenómeno en términos de “*claim preclusion*” y de “*issue preclusion*”. Recordemos que el proceso en el marco del EDC ya no es visto “solo” como instrumento para resolver una controversia, sino que importa el camino que condujo a ella y la calidad de la resolución misma.

³⁸⁷ TARUFFO, Michele, *Páginas sobre justicia civil*, cit. p. 286.

13. Criterio restrictivo o estricto de la admisibilidad de las pruebas.

No puede sorprender que en el EDL se llegaba a postular que el catálogo de medios de prueba contemplados en el derecho debía ser entendido como vinculante y completo, de modo que no estaba permitido admitir medios de pruebas “atípicos”; esta doctrina “se basa en una concepción de la prueba estrictamente legalista, según la cual sólo derecho puede determinar que algo es una prueba”³⁸⁸. La capacidad configuradora de la realidad que se le atribuía a la ley alcanzaba a prescindir de la relevancia epistemológica de los eventuales medios de prueba, y se confiaba en que ella fijaría autónomos criterios de admisión de prueba. El perfil del juez aplicador de la ley y la mera ejecución de la misma como finalidad del proceso, reforzaba la tesis restrictiva y estricta de la admisibilidad de las pruebas.

13'. Criterio amplio de admisibilidad de las pruebas.

Dentro del derecho al debido proceso hoy aparece consolidada la idea de que las partes tienen el derecho a presentar todos los medios de pruebas que resulten relevantes y admisibles para respaldar su versión de los hechos en litigio. Ello tiene expresa consagración en la regla 402 de las *Federal Rules of Evidence* de Estados Unidos que prescribe: “Todos los elementos de prueba relevantes son admisibles, salvo que se disponga lo contrario...”; de ese modo si el juez supone que la producción de la prueba ofrecida puede llegar a aportarle información útil para establecer la verdad de un hecho en litigio, debe admitir dicha prueba. Así a la hora de establecer los criterios de admisibilidad lo decisivo y prevalente es aquella idoneidad epistemológica, y no la libertad del legislador al consagrar aquellos. E incluso respecto a las reglas de exclusión y privilegios que impiden a las partes la presentación de ciertos medios de prueba, la opinión de Taruffo es: “en aras de la aplicación efectiva de los derechos procesales fundamentales, las situaciones en las que prevalezca un derecho de interés extrajudicial –afectando o incluso anulando el derecho a la prueba –deberían reducirse a unos pocos casos especialmente importantes: en general, sólo la protección de otro derecho constitucional o

³⁸⁸ TARUFFO, Michele, *La prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 55.

fundamental más importante podría justificar –tras la debida consideración por parte del tribunal- que se sacrificara el derecho a la prueba”³⁸⁹.

14. La escasa significación de la ética en el proceso.

La teoría del derecho funcional al EDL postulaba una confianza en el derecho sin dimensiones o aperturas a otras realidades (política, economía, cultura, etc.), e incluía a una tajante separación con la moral (bilateralidad-unilateralidad, heteronomía-autonomía, cercibilidad-incoercibilidad), lo que se reforzaba con un rechazo desde la ciencia jurídica a perder de vista su propósito descriptivo y abrirse a preocupaciones teleológicas (Kelsen), y de todo ello resultaba que las explicaciones y propuestas de los juristas quedaban ceñidas a un ya señalado “insularismo” jurídico. Incluso en materia de derecho procesal ese juridicismo se potenciaba en base al carácter cerrado y detallado de los códigos procesales, que llegaba a postulaciones como la que Goldschmidt que el proceso “no tiene moralidad. La idoneidad que era requerida para ser juez se reducía al conocimiento de la ley (=derecho), dado que su tarea consistiría en aplicarla de una manera mecánica o silogística (*dura lex, sed lex*), de donde a mayor conocimiento jurídico mayores presunciones a favor de un excelente comportamiento profesional. Ya hemos dicho que la finalidad del proceso en el EDL era ejecutar la ley, y se concebía como un juego con un árbitro (el juez) que en definitiva consagraba el triunfo del contendiente más habilidoso para ejercer los medios procesales y sustantivos. Aunque pudiera haber reglas procesales que prohíben abusos o usos incorrectos o impropios de medios o instituciones procesales, se dejaba librado el cumplimiento de aquellas al impulso de las partes, y el juez difícilmente tomará en ese terreno iniciativas reñidas con su función y estricta imparcialidad, como lo revela la escasa jurisprudencia a ese respecto.

³⁸⁹ TARUFFO, Michele, *La prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 58.

14'. La dimensión ética del proceso y sus partes.

Una comprensión acabada de los fines que procuran el proceso y sus instituciones, conlleva la inquietud respectiva por un uso desviado o incorrecto de los medios que equivale al abuso “del” o en “el” proceso en el que pueden incurrir todos los involucrados en el mismo, sin excluir al juez. Es notoria la diferencia en ese punto de los sistemas del *civil law* al *common law*, pues aquí los abusos procesales son atribuidos a faltas éticas profesionales del abogado que alcanzan fuertes sanciones, y también los jueces –por ejemplo, los ingleses- cuentan y ejercen poder como para disponer la exclusión o la modificación de las demandas o de las excepciones y defensas que no resulten razonables o justificadas y que puedan perjudicar, obstaculizar o retardar el correcto desarrollo del proceso. Taruffo se ha encargado de señalar que “el tema del abuso del proceso está conociendo un período de desarrollos interesantes (...) La idea tradicional de que no existe una moralidad del proceso, y que por lo tanto cualquier comportamiento procesal es justo por el hecho de ser formalmente legítimo, ya no se puede sostener. Los criterios de moralidad procesal, de buena fe, de lealtad, de corrección, de *due process*, se hacen cada vez más importantes y se extienden cada vez a más áreas de la administración de justicia en países en los que no tenían relevancia hasta hace poco tiempo (...) la integridad moral de los abogados es la mejor protección contra los abusos del proceso”³⁹⁰. La pretensión de volver a unir derecho con la racionalidad –defendida con lucidez por Alexy³⁹¹- trae aparejado también en el proceso el rechazo de comportamientos irracionales o injustificados, de ahí que no pueda sorprender la identificación de comportamientos abusivos en materia de petición y producción de prueba (afectación a la privacidad, impedimento a la producción o al uso de cierta prueba, poner obstáculos a la identificación de prueba útil, revelación incompleta o distorsionada de prueba, etc.). Para evitar o desalentar los abusos procesales por supuesto que se requiere que el juez cuente con los poderes necesarios, pero también que él se implique en la esforzada y no simpática tarea de combatirlos. En íntima relación con esa preocupación, aparece la cuestión de las idoneidades o perfiles del juez, y aquí se torna evidente la necesidad de no quedarse con la mera idoneidad

³⁹⁰ TARUFFO, Michele, *Páginas sobre justicia civil*, cit., p. 333.

³⁹¹ Cfr. VIGO, Rodolfo, *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2006.

científica, sino ampliarlas hasta comprender las idoneidades prudenciales, psicológicas, físicas, gerenciales y éticas.

Conclusión.

En base a lo precedentemente señalado, queda claro que el EDC ha rehabilitado la importancia y decisividad que tienen los hechos en aras de un servicio de justicia al servicio de resoluciones equitativas, racionales, realistas y eficaces, que es en definitiva lo que busca el justiciable cuando pone su problema jurídico en manos de los jueces. No hay legitimación o justificación posible del Poder Judicial si los jueces no se preocupan y se esfuerzan por conocer la “verdad” de los hechos, y para ello no basta la buena intención ni la mera formación científica-jurídica, sino nuevas abordajes de la función judicial y significativas reformas institucionales; en definitiva, se trata de generar una nueva cultura jurídica distante de los normativismos, formalismos y juridicismos que caracterizan a la decimonónica cultura jurídica aún vigente en buena medida en nuestras Facultades de Derecho a nivel del grado.