

¿VERDAD NEGOCIADA?*

Michele Taruffo**

RESUMEN

El presente trabajo analiza la posibilidad de negociar acuerdos entre las partes en el proceso civil en orden a determinar la verdad o falsedad de un hecho alegado. Desde una posición cercana a un “realismo crítico”, el autor postula que no es posible construir negocialmente la verdad de un hecho, pues éste existe en el mundo externo con total prescindencia de las conductas de las partes en el proceso. Especial consideración se realiza sobre la opción de política legislativa y jurisprudencial en el sentido de entender que la no objeción por el demandado de un hecho alegado por el actor en la demanda lo convierte en un “hecho pacífico” que queda fuera del thema probandum, por entenderse existente y verdadero. Se postula en el texto que la conducta omisiva del demandado en el proceso civil, lejos de poder incidir sobre la verdad o falsedad de un hecho alegado, sólo puede tener consecuencias sobre la carga de la prueba respecto al hecho alegado y no objetado.

VERDAD – PRUEBA – CARGA DE LA PRUEBA

Negotiated truth?

ABSTRACT

This work analyses the possibility of negotiating agreements between the parties of a civil procedure in order to determine whether an alleged fact is true or false. From a point of view close to “critical realism”, the author propounds that the truth of a fact cannot be constructed through negotiations, because the fact exists in the material world regardless of the parties’ behaviour during the trial. Special consideration is being laid on the legislative and jurisprudence policies of reckoning that if the defendant does not contest a fact claimed by the plaintiff in the pleading then that fact is an “uncontested fact” and must be outside the thema probandum because it exists and it is true. It is being proposed that the omissive behaviour of the civil defendant, far from influencing the veracity of an alleged fact, can only affect the burden of proof of such uncontested alleged fact..

TRUTH – EVIDENCE – BURDEN OF PROOF

* Se trata del texto correspondiente a la exposición realizada en Bolonia el 1º de diciembre de 2007 en el seminario sobre *Acuerdos de parte y proceso*.

** Abogado, Profesor Ordinario de Derecho Procesal Civil en la Universidad de Pavía, Italia, taruffo@unipv.it. Artículo recibido el 14 de enero de 2008 y aceptado para su publicación por el Comité Editorial el 27 de mayo de 2008 El artículo fue enviado originalmente por el autor en italiano. La traducción al español fue realizada por Andrés Bordalí Salamanca.

1.

La interrogación puesta al título de estas breves consideraciones se debe a la circunstancia que se quiere someter aquí a verificación un lugar común bastante difundido, en particular en el ámbito de la jurisprudencia italiana, que postula que sería posible configurar acuerdos procesales entre las partes relativos a la verdad o a la falsedad de los hechos alegados.

Los límites de espacio sugieren adoptar una forma muy sintética, con la esperanza que el contenido del discurso resulte claro: haré de este modo explícitas, pero justificándolas de un modo muy esquemático y ciertamente insuficientes, algunas premisas que me parecen indispensables, para luego formular algunas observaciones y alguna conclusión en torno a la eventualidad que —en el proceso— la verdad de los hechos pueda ser negociada. Digo desde ya que quien no aceptase algunas de estas premisas, o no aceptase ninguna, estaría obviamente en radical desacuerdo sobre las conclusiones; por el contrario, quien aceptase todas las premisas debería probablemente aceptar también las conclusiones que de ellas se derivan.

1.1. Habiendo pasado casi indemne a través de la embriaguez postmodernista¹ y el *deconstructive vortex*² de los últimos decenios, tiendo a evitar la “personal alienation of a fantastic philosophical scepticism wich claims to doubt that there is an external world, or past time, or other minds”.³ En esta perspectiva formulo entonces una primera premisa:

P1 *El mundo externo existe en su materialidad empírica*

Este enunciado es bastante menos obvio de cuanto pueda aparecer a primera vista. Corresponde a una opción realista que parece justificada por el sentido común y es acogida por la mayor parte de los filósofos y epistemólogos que han escrito sobre ella en los últimos años,⁴ pero que viene rechazada por muchos filósofos de orientación escéptica, subjetivista o constructivista,⁵ y de todos aquellos que todavía creen en la existencia del *diablillo* de Descartes.⁶ Quien sostuviera de verdad una duda sistemática en torno a la

¹ Tomo la expresión, que me parece bastante eficaz, de Cusumano, “Le prove nel discorso storico: riflessioni a margine”, en Andò, V. / Nicolaci, G, *Processo alla prova. Modelli e pratiche di verifica dei saperi*, Roma, 2007, p. 220.

² La expresión es de Williams, B. *Truth and truthfulness. An essay in geanealogy*, Princeton-Oxford, 2002, p. 3.

³ Para esta definición cfr. Williams, B. *op. cit.*, p. 10.

⁴ En la literatura italiana reciente cfr. por ej. Marconi, *Per la verità. Relativismo e filosofia*, Turín, 2007, pp. 3 y ss.

⁵ Para una síntesis de estas orientaciones en perspectiva epistemológica cfr. Goldman, *Knowledge in a social World*, Oxford, 1999, pp. 19 y ss., y 48 y ss.

⁶ Sobre el diablillo de Descartes cfr. por ej. Lynch, *La verità e i suoi nemici*, tr. It., Milán, 2007, pp. 21 y ss.

real existencia de una realidad colocada más allá de las percepciones individuales, y no estuviese en condición de distinguir entre conocimiento de la realidad e imaginación fantástica, quedando definitivamente atrapado en el dilema “¿sueño o estoy despierto?”,⁷ difícilmente podría concordar con lo que diré a continuación.

1.2. La segunda premisa concierne a la posibilidad de hablar de la verdad o falsedad de los enunciados que consideran eventos del mundo externo, y puede ser formulada así:

P2 *Un enunciado en el cual se dice que un evento del mundo externo se ha verificado de tal y cual manera, es verdadero si aquel evento se ha verificado de tal y cual manera, y es falso en caso contrario*

Acepto aquí una tesis ontológicamente muy comprometida, pero difícilmente evitable, según la cual es la realidad de la que se habla la que hace verdadero o falso eso que de ella se dice;⁸ esto vale también en la hipótesis en la cual no sea posible verificar, aquí y ahora, si eso que se dice de un evento real sea verdadero o falso. En sustancia, un enunciado es verdadero también aunque su verdad no es por ahora verificable, o es falso aunque no haya sido todavía falsificado. Existen por tanto verdades que van más allá del conocimiento existente, en un cierto momento y en un cierto lugar, en la mente de un sujeto determinado. En otros términos, la verdad de un enunciado no depende del hecho que aquí y ahora pueda ser demostrada.⁹ A parte de eso, sobre el plano semántico vale todavía –con el acuerdo casi unánime de filósofos y teóricos del lenguaje– la clásica definición de Tarski para quien el enunciado “la nieve es blanca” es verdad sí y sólo sí la nieve es blanca.¹⁰

En el ámbito del discurso que aquí se va haciendo sería suficiente aceptar una tesis ontológica y epistémicamente más débil, fundada sobre la idea enunciada por Dewey y retomada por Michael Dummett por la cual la verdad de un enunciado equivale a su *warranted assertibility*.¹¹ En esta perspectiva la verdad de un enunciado no viene reconducida directamente a la correspondencia con los eventos del mundo real, sino antes

⁷ Al respecto vale la pena retornar al argumento de Williams, B. *Truth and truthfulness*, *op. cit.*, p. 131, que suena aproximadamente así: si cuando estoy soñando no sé si estoy soñando, cuando estoy despierto no puedo decir si estoy despierto; análogamente, porque si estoy muerto no puedo decir que estoy muerto, no puedo ni siquiera decir que estoy vivo.

⁸ En sentido análogo cfr. por ej. Marconi, *Per la verità...*, *op. cit.*, p. 3 y ss.; Lynch, *La verità e i suoi nemici*, *op. cit.*, pp. 6 y ss.; Goldman, *Knowledge in a social World*, *op. cit.*, pp. 60 y ss.; Norris, *Epistemology. Key concepts in philosophy*, Londres-Nueva York, 2005, pp. 56 y ss.; y 61 y ss.

⁹ Cfr. por ej. Lynch, *La verità e i suoi nemici*, *op. cit.*, pp. 5 y ss.; Marconi, *Per la verità...*, *op. cit.*, pp. 4 y ss.

¹⁰ En la amplísima literatura en torno al criterio de Tarski, cfr. Williams, *Truth and truthfulness*, *op. cit.*, pp. 63 y ss.; Marconi, *Per la verità...*, *op. cit.*, p. 6; Goldman, *Knowledge in a social World*, *op. cit.*, p. 65.

¹¹ Sobre la concepción de Dewey y de Dummett cfr. por ej. El análisis de Norris, *Epistemology. Key concepts in philosophy*, *op. cit.*, pp. 25 y ss.; cfr también Goldman, *Knowledge in a social World*, *op. cit.*, pp. 44 y ss.

bien a la existencia de adecuadas justificaciones que pueden ser invocadas en apoyo y en confirmación de la veracidad del enunciado en cuestión. La justificación no coincide por tanto con la verdad del enunciado, sino antes bien aparece conectada con la verdad de él en cuanto la presupone: en al menos uno de los significados de “justificación”, de hecho, se puede decir que la justificación implica la verdad de la proposición justificada.¹² Quien siguiese esta concepción “epistémica” o “verificadora” de la verdad¹³ podría aceptar otra premisa, según la cual:

P2bis *Un enunciado referido a un evento del mundo externo se considera verdadero si existen razones suficientes como justificación de eso que el enunciado dice en relación a dicho evento*

También estas enunciaciones (con especial consideración de P2, pero también P2 bis) son bastante menos obvias de lo que puedan aparecer a primera vista. En los últimos tiempos a menudo se ha negado, de parte de algunos filósofos, que tenga sentido hablar de verdad. De hecho se ha hablado por ejemplo de *veriphobia* para indicar el conjunto de orientaciones que de distinto modo comparten “a deep skepticism or utter repudiation of truth”, y se ha destacado que “purveyors of anti – truth hostility are legion”.¹⁴ Valga por todos el ejemplo de un filósofo famoso como Richard Rorty, para el cual la verdad se reduce al consenso prestado a cualquier afirmación por un grupo de amigos razonables, de manera que no vale la pena ocuparse de ella. La concepción de Rorty ha sido objeto de críticas durísimas: por ejemplo, Goldman habla de ella como de una tesis “strikinly abortive”, fundada sobre un “palpable error” y sobre la ignorancia de las teorías más serias,¹⁵ mientras que Williams dice que Rorty da “striking examples” de eso que puede ser definido como “running on empty”.¹⁶ También Susan Haack ha dirigido a Rorty críticas mordaces que apuntan precisamente hacia la inconsistencia epistemológica de sus tesis.¹⁷ No obstante, Rorty ha sido bastante conocido e influyente, entre otras razones, precisamente por haber sostenido con más reiteración que todo otro discurso, que ocuparse de la verdad es un asunto que carece de sentido.

En el ámbito jurídico, por otra parte, son bastante difundidos por un lado el escepticismo de los desilusionados absolutos, para quienes no existe alguna verdad dado que en el mundo de las cosas humanas –y en particular de aquellas jurídicas– no se dan Verdades Absolutas, y por otro lado, el escepticismo más reducido de aquellos que

¹² Cfr. en particular Marconi, *Per la verità. Relativismo e filosofia*, op. cit., pp. 12 y ss.

¹³ Para estas cualificaciones cfr. Goldman, *Knowledge in a social World*, op. cit., pp. 4 y ss.

¹⁴ Cfr. Goldman, *Knowledge in a social World*, op. cit., pp. 7 y 9. En el mismo orden de ideas, y a propósito de las mismas orientaciones, Bernard Williams habla de *deniers* para indicar a todos aquellos que niegan que sea sensato hablar de la verdad. Cfr. Williams, *Truth and truthfulness*, op.cit., pp. 5 y ss.

¹⁵ Cfr. Goldman, *Knowledge in a social World*, op. cit., pp. 11 y 27.

¹⁶ Cfr. Williams, *Truth and truthfulness*, op. cit., p. 59.

¹⁷ Cfr. Haack, *Manifiesto of a passionate moderate. Unfashionable essays*, Chicago-Londres, 1998, pp. 18 y ss.

William Twining ha llamado *hard nose practitioners*, esto es prácticos del derecho –sobre todo los abogados– para quienes en el proceso se puede hablar de todo salvo de la verdad.¹⁸ Son numerosas, de hecho, las posiciones que de distinto modo comparten la tesis que en el proceso civil no se podría o no se debería hablar de la verdad de los hechos.¹⁹ Los enunciados formulados en P2 y P2*bis*, no obstante su diversidad, convergen en implicar la negación de todas estas orientaciones, sobre el plano filosófico y epistemológico en general, así como sobre el jurídico y procesal en particular. La tesis que tales premisas expresan, y que aquí integralmente se adopta, ha sido recientemente formulada de un modo bastante claro y eficaz por Michael Lynch, el que afirma que la verdad es objetiva, es buena, es un objeto digno de indagaciones y amerita ser perseguida.²⁰

1.3 Sobre la base de las consideraciones expuestas precedentemente parece oportuno hacer explícita una tercera premisa, que puede ser formulada así:

P3 *Existe la posibilidad de descubrir, con métodos adecuados y atendibles, la verdad referida a eventos del mundo externo*

No solo, por tanto, existe una verdad *alectica* que refleja objetivamente los acontecimientos del mundo real,²¹ y se puede también aceptar una noción *epistémica* de verdad como justificación –a su vez verídica– de los enunciados que se refieren a estos acontecimientos.²² La consecuencia posterior consiste en admitir que de esta verdad pueda darse un conocimiento válido y objetivo. La verdad, por lo tanto, no es sólo un presupuesto abstracto o un valor regulativo que orienta el conocimiento pero que no puede ser jamás conseguido, como podría decirse de una verdad que se considere absoluta.²³ En los contextos de procedimientos cognoscitivos ella se hace objeto de descubrimiento y de averiguación. Con base a lo dicho, esto implica que los acontecimientos del mundo real pueden ser objeto de conocimiento objetivo y atendible. Eso no significa que se deba adherir a teorías “ingenuas” de la correspondencia entre mente y mundo, o entre mundo y lenguaje. Existen en verdad concepciones de “realismo crítico” que no son precisamente ingenuas bajo un perfil filosófico y epistemológico, y que comparten la

¹⁸ Sobre estas figuras cfr. Twining, *Rethinking evidence. Exploratory essays*, 2ª edición, Cambridge, 2006, pp. 103 y ss.

¹⁹ Sobre este tema véase más ampliamente Taruffo, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milán, 1992, pp. 7 y ss.

²⁰ Cfr. Lynch, *La verità e i suoi nemici*, op. cit., pp. 4 y ss.

²¹ Sobre la noción de verdad *alectica* cfr. en particular Norris, *Epistemology. Key concepts in philosophy*, op. cit., pp. 4 y 61.

²² Cfr. Sobre la noción de verdad epistémica cfr. también Norris, *Epistemology. Key concepts in philosophy*, op. cit., pp. 4, 25 y ss; en sentido crítico Goldman, *Knowledge in a social World*, op. cit., pp. 4 y ss.

²³ Sobre la verdad como ideal regulativo, al menos en el ámbito del proceso, cfr. más ampliamente Taruffo, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, op. cit., pp. 155 y ss.

posición de que la realidad externa es conocible de un modo objetivo y racional.²⁴ Se puede admitir por tanto que existan procedimientos epistémicos capaces de suministrar conocimientos atendibles respecto a la verdad de algunos acontecimientos empíricos, y que el conocimiento no tenga por objeto sólo las construcciones mentales del sujeto que entiende comprender la realidad. Esto implica rechazar las tesis del constructivismo radical, según el cual el conocimiento no entra jamás en contacto con los hechos que pretende conocer y se agota en el ámbito de las construcciones mentales del sujeto, con la consecuencia que la verdad no sería otra cosa que una suerte de consenso en relación a las construcciones mentales de alguna persona.²⁵ Se trata también de rechazar la tesis según la cual no existiría nada fuera del lenguaje, y por tanto conocimiento, realidad y verdad no serían otra cosa que productos del lenguaje mismo.²⁶ Al contrario, no parece haber nada de particularmente problemático en el reconocer que mientras es verdad que el lenguaje no es el espejo fiel de la realidad, así como no lo es el pensamiento, no obstante es posible reconocer, sobre la base de conocimientos empíricos y de justificaciones lógicas adecuadas, cuando un enunciado es verdadero o falso sobre la base de la realidad que pretende describir.²⁷

En el contexto del proceso esto implica que se admita la posibilidad de conseguir una determinación verídica de los hechos relevantes para la decisión, a través del empleo de adecuados instrumentos probatorios. En particular esto comporta que se rechace la también extendida opinión para la cual en el proceso se descubriría sólo una verdad “formal” (o una mera “fijación formal” de los hechos), y de reconocer por el contrario que —en la medida que se dispusiese de un sistema probatorio eficiente— se podría averiguar la verdad real (“histórica”, “empírica”, “material”) de los hechos que están en la base de la controversia.²⁸ Naturalmente no se habla aquí de Verdad Absoluta, dado que la verdad con las iniciales mayúsculas ha quedado patrimonio exclusivo de algunas metafísicas y religiones integristas, sino simplemente de la verdad que puede ser descubierta en el mundo incierto y frágil de las cosas humanas.

1.4. La cuarta premisa pertenece a la función del proceso, y del proceso civil en particular, y se refiere al significado de la ahora ya conocidísima —y de varios modos abusada— cláusula del “justo proceso” recientemente incorporada en el artículo

²⁴ Sobre estas concepciones cfr. por ej. Goldman, *Knowledge in a social World*, op. cit., pp. 41 y ss.; Norris, *Epistemology. Key concepts in philosophy*, op. cit., pp. 6, 10, 14 42 y ss., 57, y 67 y ss.

²⁵ Para una enunciación sintética de esta tesis, cfr. Goldman, *Knowledge in a social World*, op. cit., pp. 10 y ss., según el cual (*ibid*, p. 17) se trataría en realidad de una especie de *half-baked metaphysics*.

²⁶ Para un profundo análisis crítico de esta tesis cfr. Goldman, *Knowledge in a social World*, op. cit., pp. 17 y ss. A propósito de estas concepciones Williams habla eficazmente de un *tissue of mistakes*: cfr. *Truth and truthfulness*, op. cit., p. 6.

²⁷ En este sentido cfr. en particular Lynch, *La verità e i suoi nemici*, op. cit., pp. 28 y ss., cfr. también Marconi, *Per la verità. Relativismo e filosofia*, op. cit., pp. 34 y ss.

²⁸ Sobre este aspecto cfr. en particular Ferrer Beltrán, *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid-Barcelona, 2002, pp. 68 y ss., así como Taruffo, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, op. cit., pp. 35 y ss.

111 de la Constitución italiana.²⁹ Resultando demasiado reductiva la tesis hasta ahora sostenida en la doctrina, según la cual esta cláusula se limitaría a reenviar a las garantías fundamentales del proceso ya previstas por otras normas constitucionales, y en el intento de dar a ella un significado específico, se puede formular la premisa en cuestión en los siguientes términos:

P4 *El proceso es justo si está sistemáticamente orientado hacia la producción de decisiones justas*

No dudo, por tanto, que el proceso sea dispuesto para resolver controversias, y ni siquiera dudo que el proceso, para ser justo, deba incluir la actuación de todas las garantías fundamentales impuestas por los principios constitucionales: destaco antes bien que la cualidad de la decisión, y en particular la justicia de la misma, no puede sino entrar en la definición de las condiciones que deben concurrir para que un proceso sea definido como justo. Por un lado, de hecho, parecería difícil considerar justo un proceso que fuese sistemáticamente orientado a producir decisiones injustas, o que fuese sistemáticamente indiferente a la cualidad de las decisiones que de él resultan. Por otro lado, se debe evitar caer en el círculo vicioso consistente en el considerar *a priori* como justa cualquier decisión que derive de un proceso que se considera “procedimentalmente justo” (en el sentido de *procedural justice*)³⁰ sólo porque en él se aplican las garantías procesales de las partes. En realidad un proceso “garanstista”, en el cual por tanto las partes han podido ejercer adecuadamente todas sus defensas, puede perfectamente producir decisiones sustancialmente injustas, como la experiencia muestra cotidianamente, porque el juez se equivoca al interpretar o aplicar la ley o porque se producen errores en la determinación de los hechos, o por otras varias razones.

Debido a que considero contrariamente que los procesos se hacen no con el mero fin de hacer procesos, sino con el fin de resolver controversias con decisiones justas, se deriva de ello que la justicia de la decisión es un factor determinante de la justicia del proceso. En este sentido vale la pena recordar lo que ha escrito recientemente Luigi Ferrajoli en su monumental obra dedicada a los *Principia iuris*: destaca él con gran claridad que el

²⁹ En relación a esta cláusula se ha venido formando en los últimos años una literatura bastante amplia, en la cual cfr. en particular los ensayos contenidos en los volúmenes *Giusto Processo?*, bajo la edición de C. Guarnieri y F. Zannotti, Padua, 2006; Comoglio, *Etica e tecnica del “giusto processo”*, Turín, 2004; *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il “giusto processo” in materia civile*, bajo la edición de B. Capponi y V. Verde, Nápoles, 2002; así como también los escritos de Bove, *Art. 111 Cost. e “giusto processo civile”*, en *Riv. Dir. Proc.* 2002, pp. 482 y ss.; Monteleone, *Il processo civile alla luce dell’art. 111 Cost.*, en *Giust. Civ.* 2001, pp. 523 y ss., y Chiarloni, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il processo civile*, en *Riv. Dir. Proc.* 2000, pp. 453 y ss.

³⁰ Como es conocido, con esta expresión se indican numerosos estudios, esencialmente de carácter psicológico pero orientados a proponer modelos de “justicia procedimental”, concentrados sobre el análisis de las condiciones en presencia de las cuales un proceso es percibido como “justo”, pero caracterizados por la sistemática desatención en los términos del contenido y de la cualidad de las decisiones que el proceso genera. Con referencia a este tema cfr. los ensayos recogidos en los volúmenes: Lind-Tyler, *The social psychology of procedural justice*, Nueva York, 1988; *Procedural justice*, editado por K. F. Röhl y S. Machura, Aldershot-Brookfield-Singapur-Sydney, 1977.

ejercicio de la función jurisdiccional, que es una fundamental función de garantía, se explica a través de la aplicación de la ley sustancial, siendo esto una característica esencial de la jurisdicción en los sistemas inspirados en el principio de estricta legalidad.³¹ En la óptica de Ferrajoli no se trata tan solo de abstractas afirmaciones teóricas: esta concepción de la jurisdicción como garantía es de hecho puesta por él sistemáticamente en el contexto de una articulada teoría de la democracia,³² en la cual la resolución de las controversias no puede no implicar la aplicación de la ley como criterio de decisión. En esta perspectiva aparece claro que la cualidad de la decisión que concluye el proceso no es una suerte de *optional* omitible. Por el contrario: ella es una connotación fundamental del correcto ejercicio de la jurisdicción en un sistema democrático, como tal, fundado sobre el principio de legalidad. De este modo la decisión no puede prescindir de la correcta interpretación y aplicación de las normas: la legalidad de la decisión es una condición esencial de su justicia, pero eso presupone —precisamente— que la justicia de la decisión venga configurada como una finalidad fundamental de cualquier proceso que pueda definirse como justo.

1.5. Las consideraciones recientemente expuestas exigen que se defina, al menos en términos sintéticos, qué cosa se puede entender por justicia de la decisión. He elaborado en otra parte una definición articulada de esta noción, y por tanto me permito reenviar al lector que esté interesado en este argumento a un escrito reciente en el que me he ocupado con mayor amplitud.³³ Aludo sólo al hecho que la justicia de la decisión se puede definir a través de tres condiciones, separadamente necesarias y conjuntamente suficientes, o sea: la corrección del procedimiento, la justa interpretación y aplicación de la ley sustancial; la veracidad de la determinación de los hechos. En lo que aquí interesa, se puede entonces formular la quinta y última premisa en los términos siguientes:

P5 *Una decisión es justa si se funda sobre una determinación verídica de los hechos relevantes*

Como ya he señalado, la veracidad de la determinación de los hechos no es la única condición de justicia de la decisión (puesto que no menos importante es la correcta aplicación de las normas que vienen empleadas como criterio de juicio), pero vale en todo caso la pena destacar que se trata de una condición *necesaria*, con base a la tradicional y conocida constatación que ninguna decisión puede considerarse justa y legítima si se funda “sobre hechos equivocados”, o sea sobre una reconstrucción errónea del

³¹ Cfr. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*. Laterza, Roma-Bari, 2007; 1. *Teoria del diritto*. pp. 880 y ss.; 2. *Teoria della democrazia*, pp. 213 y ss.

³² Cfr. Ferrajoli, *Principia iuris*, *op. cit.*, 2, pp. 203 y ss. y 212 y ss.

³³ Cfr. Taruffo, “Idee per una teoria della decisione giusta”, en Taruffo, *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, 2002, pp. 219 y ss.

supuesto fáctico normativo concreto que es objeto de decisión.³⁴ Esta tesis encuentra una reciente y muy significativa confirmación en la obra ya citada de Ferrajoli, quien pone en evidencia cómo el correcto ejercicio de la función fundamental de garantía que es desarrollada por la jurisdicción encuentra su fundamento en una actividad *cognitiva* que concierne también a la determinación de los hechos sobre los cuales se funda la aplicación de la ley.³⁵

Las premisas que hasta ahora han sido formuladas sintéticamente sugieren un modelo ideal de decisión que aparece fundado sobre dos factores fundamentales. Por un lado, las premisas P1, P2 (o P2 *bis*) y P3 demuestran la *posibilidad* que se consiga un conocimiento verídico de acontecimientos que se dan en el mundo externo en relación al sujeto que los conoce. En términos procesales, esto significa que existe la posibilidad de determinar, con métodos adecuados que se refieran a la admisión, la rendición y la valoración de las pruebas, la verdad “real” (no una verdad “procesal” o “formal”) de los hechos relevantes para la decisión. De tal modo, se dan razones para justificar el rechazo de todas las tesis escépticas, irracionalistas o subjetivistas, que de distinto modo tienden a excluir que en el proceso pueda determinarse la verdad “real” de los hechos.

Por otro lado, las premisas P4 y P5 muestran que en línea general, y en particular en el contexto determinado por la cláusula del “justo proceso”, se debe reconocer que la determinación de la verdad de los hechos no es sólo posible, sino que es *necesaria* de modo que el justo proceso exprese la función que le es propia. En otros términos, el proceso es justo si está sistemáticamente orientado a determinar la verdad de los hechos relevantes para la decisión, y es injusto en la medida en que obstaculiza o limita esta determinación, dado que en este caso aquello que se obstaculiza o se limita es la justicia de la decisión con la que concluye el proceso. A este propósito es útil replicar que la corrección del procedimiento –o sea la circunstancia de que en él se apliquen las garantías fundamentales y en particular la garantía del contradictorio– es antes bien una condición necesaria para que se pueda hablar de justicia de la decisión, pero no es ciertamente una condición suficiente en tal sentido. La razón fundamental de esto consiste en el hecho que también cuando las partes han tenido la plena posibilidad de articular y de ejecutar todas sus defensas, eso no implica de ningún modo que el proceso logre establecer automáticamente la verdad de los hechos relevantes para la decisión. Por un lado, es bastante posible que las defensas de las partes no hayan sido adecuadas para la consecución de este fin;³⁶ por otro lado, es sabido, y no faltan al respecto confirmaciones históricas,³⁷ que las partes no tienen *a priori* algún interés en la determinación de

³⁴ Sobre este aspecto, véase más ampliamente Taruffo, “Idee per una teoria della decisione giusta”, *op. cit.*, pp. 225, 228 y 231 y ss.; Taruffo, *La prova dei fatti giuridici. op. cit.*, pp. 43 y ss., también para otras consideraciones.

³⁵ Cfr. en particular Ferrajoli, *Principia iuris, op. cit.*, 2, pp. 213 y ss.

³⁶ Sobre este argumento cfr. más ampliamente Taruffo, “Poteri probatori del giudice e delle parti in Europa”, en *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2006, *passim*.

³⁷ Cfr. en particular, Langbein, *The origins of adversary criminal trial*, Oxford- Nueva York, 2003, pp. 332 y ss.

la verdad. Antes bien, se ha observado que los abogados de las partes hacen recurso de su habilidad profesional precisamente para evitar que se descubra la verdad,³⁸ y no es enteramente cierto que el contradictorio entre las partes conduzca hacia la verdad.³⁹ Por algo se dice que en el proceso dejado completamente a la iniciativa de las partes la verdad se hace un objetivo imposible de lograr,⁴⁰ o es irrelevante respecto a la finalidad preeminente que es aquella de resolver *como sea* la controversia.⁴¹

2.

Sobre el fondo así trazado puede plantearse ahora el problema de la posibilidad de configurar acuerdos entre las partes que tengan por objeto la verdad de los hechos de la causa. El problema nace esencialmente en razón de la consolidación —en el nuestro como en muchos otros ordenamientos—⁴² de la tendencia que establece que los hechos que deben ser determinados en juicio vienen a fijarse en función de la conducta de las partes, o sea mediante la combinación entre la alegación de los hechos obra de una de las partes y la refutación de ellos obra de la otra parte. Si, por tanto, un hecho alegado no viene (en tiempo) refutado, se considera *pacífico*, lo que significa aproximadamente —al menos según la opinión prevaleciente de la jurisprudencia— que él no es objeto de prueba y ni siquiera de decisión.⁴³

En la base de este fenómeno están principalmente dos órdenes de factores: uno de carácter funcional y otro de carácter ideológico.

El factor de carácter funcional está determinado por consideraciones que pueden en alguna medida compartirse, y que se podrían definir como de *economía procesal*. Se tiende,

³⁸ Cfr. Langbein, *The origins of adversary criminal trial*, *op. cit.*, p. 334.

³⁹ Cfr. también Langbein, *The origins of adversary criminal trial*, *op. cit.*, p. 338.

⁴⁰ Cfr. por ej. Montero Aroca, *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*, Valencia, 2001, p. 109; del mismo autor, *La prueba en el proceso civil*, 3ª edición, Madrid, 2002, pp. 244, 248.

⁴¹ Sobre este punto cfr. por todos Damaška, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, Bolonia, 1991, pp. 212 y ss.

⁴² Cfr. por ej. El § 138 de la *Zivilprozessordnung* alemana, el art. 405 n° 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española. Cfr. también las Reglas 8(b) y 8(d) de las *Federal Rules of Civil Procedural* estadounidenses. Estas normas son sustancialmente equivalentes a los art. 167 inc. 1 y 416 inc. 3 de nuestro Cod. Proc. Civ., en cuanto prevén la carga del demandado de impugnar en su tiempo los hechos alegados por el actor, bajo sanción de que tales hechos se consideren como admitidos.

⁴³ En Italia la alegación y objeción/no objeción de los hechos han sido objeto de amplios desarrollos jurisprudenciales y de extensos y prolijos análisis doctrinales. Sobre este punto cfr. en particular Buoncristiani, *L'allegazione dei fatti nel processo civile. Profili sistematici*, Turín, 2001; Comoglio, "Allegazione", en *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ.*, Vol. I, Turín, 1987, pp. 274 y ss.; Comoglio, *Le prove civili*, 2ª ed., Turín, 2004, pp. 73 y ss.; Carratta, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milán, 1995; Ciaccia Cavallari, *La contestazione nel processo civile. I. La contestazione tra norme e sistema*, Milán, 1992; II. *La non contestazione: caratteri ed effetti*, Milán, 1993; Del Core, "Il principio di non contestazione nel processo civile: Profili sistematici, riferimenti di dottrina e recenti acquisizioni giurisprudenziali", en *Giust.: civ.*, 2004, II, pp. 112 y ss.; Proto Pisani, "Allegazione dei fatti e principio di contestazione nel processo civile", en *Foro It.*, 2003, I, 606.

en otros términos, a lograr que el objeto de la eventual actividad instructoria resulte lo más reducido y simplificado posible al inicio del proceso: un hecho no refutado es excluido del *thema probandum*, y eso implica una reducción y una simplificación del trabajo del juez, como del procedimiento, en cuanto concierne a la admisión y a la asunción de las pruebas.⁴⁴ Si ninguno de los hechos alegados fuera refutado, se obtendrían muchas ventajas, porque no existiría necesidad de probar hecho alguno y la decisión podría limitarse a los aspectos de derecho de la controversia. Por eso mismo la jurisprudencia no ha vacilado en crear y aplicar intensamente la categoría del “hecho pacífico”, o sea del hecho sobre el cual el juez no tiene nada que hacer, y respecto al cual no corre riesgo alguno de decidir de modo erróneo.

Las exigencias que se conectan con la economía procesal deben ser valoradas seriamente, sobre todo en sistemas caracterizados por la ineficiencia de la justicia civil, como sucede con el italiano, pero es lícito dudar que ellas deban considerarse como absolutamente prioritarias de modo tal de eliminar toda otra exigencia o valor procesal. Quien pensase en el funcionamiento del proceso sólo en términos de eficiencia en la resolución de las controversias, de hecho, podría resultar tentado —en una época *new age*— de resucitar las ordalías medievales, que en efecto eran bastante rápidas y eficaces; o quizá se podría recurrir al lanzamiento de los dados practicado por el juez Brideloye, o a la *random justice* de la que ha hablado recientemente un filósofo inglés.⁴⁵ Sin embargo, la eficiencia del procedimiento y la economía de las actividades procesales deberían ser compatibles con la actuación de otros valores inherentes al proceso y a la administración de justicia que no son menos importantes, y por lo tanto no pueden ser sacrificados *a priori*, como la justicia de las decisiones judiciales.

De otro lado, si se parte de la premisa enunciada anteriormente, según la cual la determinación de la verdad de los hechos se configura como una condición necesaria de justicia de la decisión, se tiene que toda derogación o limitación que se infrinja tal determinación se convierte inevitablemente —también cuando eso suceda por razones dignas de otras consideraciones— en un déficit para el descubrimiento de la verdad, y por tanto un déficit correspondiente en la legalidad y justicia de la decisión. En realidad, si suponemos que A, B, C y D sean los hechos relevantes alegados, pero C y D se consideran pacíficos porque no han sido objetados, y por ende se establecen con pruebas sólo los hechos A y B, la consecuencia es que termina con bastar una verdad incompleta: nada se determina, de hecho, acerca de la verdad o falsedad de los enunciados relativos a los hechos C y D.

El factor de carácter ideológico, que está evidentemente en la base de la concepción negocial de la verdad procesal, deriva de la bien conocida concepción del proceso civil según la cual él sería sólo una “cosa privada de las partes”, y en consecuencia en el proceso debería suceder todo aquello que las partes quieren y nada más o distinto de eso que las partes quieren. Esta ideología se encuentra muy difundida y tiene numerosas

⁴⁴ Argumentos de este género aparecen en la literatura citada en la nota precedente.

⁴⁵ Cfr. Duxbury, *Random justice: on lotteries and legal decision-making*, Oxford, 1999.

implicaciones que aquí no se pueden tomar en consideración ni siquiera sumariamente, y que de otra parte han sido desde hace tiempo discutidas por una literatura amplia y variada.⁴⁶ En cambio, es necesario poner en evidencia lo que dicha ideología implica respecto a la determinación de los hechos que deben ser probados.

Se trata, en sustancia, de una concepción negocial según la cual pertenecería exclusivamente a las partes, a través de la alegación u objeción o no objeción de los hechos, el poder de establecer qué cosa debe o no debe ser probada, y también el poder de determinar qué cosa debe o no debe ser tenida como verdadera a los fines de la decisión.

La idea que las partes puedan estipular un acuerdo en orden a los hechos que forman parte del *thema probandum*, y en relación a la verdad de los hechos no objetados, tiene algunas consecuencias que la jurisprudencia mayoritaria acoge, como aquella según la cual el juez no podría admitir pruebas deducidas por las partes ni disponer de oficio pruebas sobre el hecho no refutado, o aquella por la cual debería tener por verdadero aquel hecho sin realizar sobre él ninguna valoración.⁴⁷ En cualquier caso se trata en realidad de consecuencias paradójicas, como por ejemplo aquélla que se verifica cuando se logra decir que el juez no debe tener en cuenta alguna prueba, y por tanto ni siquiera pruebas que demuestren la falsedad del hecho “pacífico”, no obstante que tal falsedad sea claramente demostrada por una prueba vinculante (resultando ella, por ejemplo, de un acto público). En otros casos se trata de consecuencias poco claras, como aquélla según la cual las partes podrían determinar negocialmente la verdad de un hecho sólo cuando la controversia considere derechos disponibles, mientras que tal negocio sería obviamente vetado cuando se trate de derechos indisponibles, con la consecuencia que sólo en esta segunda hipótesis el juez debería determinar la verdad de los hechos.⁴⁸ De este modo se introduce una bifurcación difícilmente justificable, en función de la cual el proceso estaría o no orientado a determinar la verdad de los hechos según si la controversia versa sobre derechos indisponibles, en cuyo caso la verdad debería ser determinada, o sobre derechos disponibles, caso en el cual la verdad de los hechos podría ser determinada sólo si las partes se ponen de acuerdo en tal sentido, o sea sólo en el caso en que el demandado exprese la voluntad “negocial” de no acordar con el actor sobre la “verdad” de los hechos que éste ha alegado.

⁴⁶ Cfr. Taruffo, *Poteri probatori... op. cit.*, pp. 452 y ss.; Buoncristiani, *L'allegazione dei fatti nel processo civile...*, *op. cit.*, pp. 16 y ss., también para posteriores referencias.

⁴⁷ Cfr. En particular Casación S. U. 23 enero 2002 n° 761, en *Foro It.* 2002, I, 2030 y ss., con nota de Cea, *Il principio di non contestazione al vaglio delle sezioni unite*, y en *Corr. Giur.* 2003, pp. 1335 y ss., con nota de Fabiani, *Il valore probatorio della non contestazione del fatto allegato*. Sobre la jurisprudencia en cuestión véase además la reseña de Del Core, “Il principio di non contestazione nel processo civile: ...”, *op. cit.*, pp. 125 y ss.; para posteriores consideraciones cfr. *Commentario breve al codice di procedura civile*, editado por F. Carpi y M. Taruffo, 5ª ed., Padua, 2006, pp. 553 y 1192 y ss.

⁴⁸ Cfr. la jurisprudencia citada en la nota precedente y Buoncristiani, *L'allegazione dei fatti nel processo civile...*, *op. cit.*, pp. 19 y ss.

3.

La concepción negocial de la determinación de los hechos es discutible por varias razones,⁴⁹ pero la más importante es que ella aparece fundada sobre un equívoco que se refiere a la naturaleza y a la función de la alegación de los hechos y de su refutación o no refutación. Resulta por tanto oportuno clarificar que se entiende cuando se habla de la naturaleza y de los efectos de estas conductas de las partes. Por razones de simplicidad del discurso será oportuno realizar también aquí definiciones sintéticas.

Def. 1 *La alegación de un hecho consiste en la formulación de un enunciado descriptivo de aquel hecho, realizada por una parte en uno de sus actos*

Este enunciado se caracteriza por una pretensión de verdad, porque la parte que alega el hecho lo indica como verdadero. Eso responde a las condiciones conversacionales de Grice, según el cual sería incorrecto afirmar un hecho y contextualmente negarle la verdad.⁵⁰ Sin embargo, eso no implica que aquel hecho sea verdadero: el enunciado que lo describe puede ser verdadero o falso, según la premisa formulada en P2, pero el *status* epistémico del enunciado que es objeto de alegación es la incerteza. Esta incerteza podrá ser resuelta sólo por el juez en la decisión final, según el éxito de las pruebas.

La alegación de un hecho no tiene por sí algún efecto dispositivo o normativo: sólo en el momento en que la parte lo reconduce a un supuesto fáctico legal, y atribuye a él una calificación jurídica, el hecho alegado se hace “constitutivo” de una situación jurídica e integra, por ejemplo, la *causa petendi* de la demanda.⁵¹ Un hecho que es alegado pero al cual no se da alguna calificación jurídica no tiene alguna eficacia constitutiva, como sucede en el caso en que se alegan los hechos secundarios, que precisamente por su naturaleza no “constituyen” alguna situación jurídica.⁵² Esto equivale a decir que si el hecho alegado es considerado en su formulación propia, o sea en un momento lógicamente (y quizá discursiva y cronológicamente) distinto de aquél en que viene encauzado hacia un supuesto fáctico legal, él no tiene algún efecto jurídico: simplemente, la enunciación de tal hecho representa la formulación de la premisa de un efecto jurídico que de él podrá (o no podrá) hacerse derivar, en la eventualidad que tal enunciación sea confirmada como verdadera por las pruebas. Esta consideración induce a excluir la plausibilidad de una opinión bastante difundida, que señala que la alegación de los hechos estaría íntimamente

⁴⁹ Para las diversas críticas a esta concepción cfr. en particular Ciaccia Cavallari, *La non contestazione: caratteri ed effetti*, *op. cit.*, pp. 6 y ss.; Carratta, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, *op. cit.*, pp. 264 y ss.

⁵⁰ Cfr. Grice, *Studies in the way of words*, Cambridge, Mass. –Londres, 1989, pp. 27 y ss.

⁵¹ Correctamente se dice, en realidad, que la alegación del hecho es funcionalmente correlativa a la individualización de la *causa petendi* (cfr. por ej. Comoglio, “Allegazione”, *op. cit.*, p. 274), lo que presupone que por sí la alegación del hecho no tenga la eficacia de determinar directamente el fundamento de la demanda.

⁵² En particular sobre la alegación de los hechos secundarios cfr. Buoncristiani, *L'allegazione dei fatti nel processo civile...*, *op. cit.*, pp. 105 y ss.

conectada al principio dispositivo, y que sería incluso un instrumento finalizado a la actuación de tal principio, porque las partes –al alegar los hechos– determinarían con eso mismo el objeto de sus demandas y por tanto vincularían al juez para decidir sólo sobre eso que ha sido alegado.⁵³ Esta tesis se funda sobre la confusión de dos fenómenos que sería útil distinguir:⁵⁴ por un lado la alegación en sentido propio, que consiste sólo en la formulación de enunciados referidos a la existencia de determinados hechos (al realizar la alegación afirmo que “el hecho F se ha verificado tal cual en el momento T y en lugar L”), y de otro lado su calificación jurídica en el contexto de la formulación de la demanda (formulando la demanda califico “el hecho F como ilícito en los términos del art. 2043 del Código Civil, y por lo tanto pido ...”). El principio dispositivo, en verdad, se refiere ciertamente a la formulación de la demanda, o sea a los efectos jurídicos que se quieren hacer derivar de los hechos que se alegan, pero no puede ser referido a la pura y simple formulación de enunciados que describen estos hechos.⁵⁵

En realidad, la alegación no es otra cosa que un acto lingüístico mediante el cual una parte asevera que un hecho se ha verificado con ciertas modalidades. Se trata por lo tanto, en la terminología de Searle, de una aseveración con función meramente *ilocutoria*, en cuanto que su autor *afirma* algo.⁵⁶ Bajo el perfil epistémico, eso que se afirma es un enunciado hipotético: él puede ser verdadero o falso en sí, pero en el momento en que es expresado, y hasta que no sea formulada la decisión final, no es ni verdadero ni falso.

4.

Habiendo aclarado un aspecto relevante del acto en que consiste la alegación de los hechos, se trata ahora de poner en evidencia algunos aspectos de la conducta que puede definirse como recíproco respeto a la alegación, que puede consistir sea en la oposición a los hechos alegados, sea en la falta de oposición a ellos. La oposición puede definirse así:

⁵³ Sobre esta opinión cfr., también para posteriores consideraciones, Buoncristiani, *L'allegazione dei fatti nel processo civile...*, *op. cit.*, pp.11 y ss., 31 y ss.; Comoglio, “Allegazione”, *op. cit.*, p. 277; Comoglio, *Le prove civili*, *op. cit.*, pp.73, 75 y ss.

⁵⁴ En sentido contrario cfr. Buoncristiani, *L'allegazione dei fatti nel processo civile...*, *op. cit.*, pp. 42 y ss., el que no realiza esta distinción, y considera que la alegación de los hechos sea una declaración de voluntad que equivale a la proposición de la demanda.

⁵⁵ En el sentido que la alegación de los hechos, y así también la oposición a ellos, no tiene nada que ver con el principio dispositivo, cfr. en particular Carratta, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, *op. cit.*, pp. 248 y ss.

⁵⁶ Sobre esta materia cfr. en particular Searle, *Mind, language and society. Philosophy in the real World*, Nueva York, 1999, pp. 140 y ss., 148. Searle, *Speech acts. An essay in the philosophy of language*, Cambridge, 1980, pp. 23, 29, 65 y ss.

Def. 2 *La oposición consiste en la negación explícita de la verdad de un enunciado que ha sido objeto de alegación*

Vale la pena destacar que en esta definición se habla de la oposición como negación *explícita* de la verdad de los hechos alegados. Por un lado, eso significa que se necesita de una expresa toma de posición del demandado sobre el hecho alegado por el actor, tanto así que normas como los artículos 167 y 416 inciso 3° del Código de Procedimiento Civil italiano exigen —aunque también con formulaciones textuales diversas, siendo la segunda más rigurosa que la primera—⁵⁷ que la oposición sea *específica*. Parece obvio que una oposición que debe ser específica no puede ser implícita. A lo sumo, a la negación explícita de la verdad del hecho alegado puede asimilarse la declaración de no conocer tal hecho,⁵⁸ porque también en este caso se trata de una declaración explícita que deja en la incertidumbre su existencia. Es dudoso por el contrario que se pueda hablar de oposición *implícita*, como aquella que derivaría de la alegación, de parte del demandado, de un hecho incompatible con aquél del actor, o de hecho diversos de éste, o de la deducción de una prueba contraria referida a la existencia de este hecho.⁵⁹ Se trata en realidad de conductas que por sí no implican tomas de posición precisas sobre los hechos alegados, de los cuales no se puede deducir con certeza la negación específica de los enunciados que describen estos hechos.

La oposición consiste por tanto, a su vez, en un acto lingüístico en que su autor afirma que el enunciado que ha sido alegado no es verdadero. El objeto de este acto lingüístico, o sea el enunciado de que se afirma alguna cosa a propósito de un hecho, no cambia: se trata del mismo enunciado que ha constituido objeto de la alegación y que se refiere a un hecho principal o secundario de la causa. Cambia por el contrario la función *ilocutoria* del nuevo acto lingüístico, ya que su fin es aquél de aseverar que el enunciado es falso.

A su vez, la no oposición puede entonces definirse así:

Def. 3 *La no oposición consiste en que falta una negación explícita de la verdad de un enunciado que ha sido objeto de alegación*

La no oposición no consiste en un acto lingüístico en sentido propio, sino en una mera conducta omisiva: la parte que no se opone al enunciado alegado, de hecho no dice nada. Sobre este punto es útil precisar que el silencio de la parte que podría oponerse al hecho alegado es suficiente para determinar la no oposición. Contrariamente a

⁵⁷ Sobre las dos normas cfr., también por referencias de doctrina y jurisprudencia, *Commentario breve...*, *op. cit.*, pp. 513 y ss., 1191 y ss., y además Carratta, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, *op. cit.*, pp. 248 y ss.

⁵⁸ Cfr. sobre este aspecto Frus, “Note sull’onere di “prendere posizione” nel processo del lavoro”, en *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1991, pp. 72 y 76.

⁵⁹ Para una orientación jurisprudencial en este sentido cfr. *Commentario breve...*, *op. cit.*, p. 1193.

lo que habitualmente se considera,⁶⁰ no parece que el silencio sobre el hecho alegado pueda equivaler a no oposición sólo cuando la parte se oponga a otros hechos alegados, porque se tiene no oposición también cuando el demandado no se opone a ninguno de los hechos alegados por el actor. Ni siquiera se puede afirmar que se tiene no oposición *tácita* cuando el demandado articula defensas incompatibles con la negación del hecho en cuestión.⁶¹ La no oposición, en realidad, es siempre *tácita*, consistiendo en una conducta omisiva, o sea –como ya se ha dicho– en la falta de una negación explícita de la verdad del enunciado que ha sido objeto de alegación. Si el demandado calla respecto de un hecho alegado, eso significa que no lo impugna: eso que dice o no dice en relación a otros hechos alegados no es relevante con respecto a la oposición o falta de oposición a *aquel* hecho. De otra parte, si el demandado admitiese explícitamente la verdad de un enunciado objeto de alegación, no se tendría una no objeción, sino que se verificaría el fenómeno diverso de la *admisión* del hecho alegado,⁶² que equivale en realidad a una alegación del mismo hecho también de parte del demandado.⁶³ En consecuencia, es de considerar que el enunciado que ha sido objeto de admisión explícita, o sea de una nueva alegación, tenga el mismo *status* de aquél originariamente alegado por la otra parte, y consista por tanto en una hipótesis incierta en torno al hecho de que se trata.

Teniendo cuenta de cuanto se ha expuesto en P2, o sea que un enunciado es verdadero o es falso en cuanto su contenido corresponda a los acontecimientos del mundo real, se pueden ahora extraer algunas consecuencias indicando cuáles pueden ser los efectos de la oposición o de la no oposición a un enunciado fáctico que ha sido objeto de alegación.

Cons. 1 *Si el enunciado alegado es falso, la no oposición no lo convierte en verdadero.*

Cons. 2 *Si el enunciado alegado es verdadero, la no oposición no lo convierte en verdadero, porque ya lo es.*

Cons.3 *Si el enunciado alegado es verdadero, la oposición no lo convierte en falso.*

Cons. 4 *Si el enunciado alegado es falso, la oposición no lo convierte en falso, porque ya lo es.*

Resulta por lo tanto claro que en lo que respecta a la verdad o a la falsedad del enunciado que ha sido objeto de alegación, la oposición o la no oposición de él son

⁶⁰ Cfr. por ej. Del Core, “Il principio di non contestazione nel processo civile: ...”, *op. cit.*, pp. 119 y ss.; Cea, *Il principio di non contestazione al vaglio delle sezioni unite*, *op. cit.*, 2018; Fabiani, *Il valore probatorio della non contestazione del fatto allegato*, *op. cit.*, p. 1343; Ciaccia Cavallari, *La non contestazione: caratteri ed effetti*, *op. cit.*, II, p. 43, y la jurisprudencia citada por estos autores.

⁶¹ En este sentido cfr. Comoglio, *Le prove civili*, *op. cit.*, p.85; Del Core, “Il principio di non contestazione nel processo civile: ...”, *op. cit.*, pp. 119 y ss.; Carratta, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, *op. cit.*, pp. 200 y ss.

⁶² Sobre este punto cfr. Carratta, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, *op. cit.*, pp. 125 y ss.; Ciaccia Cavallari, *La non contestazione: caratteri ed effetti*, *op. cit.*, II, pp. 52 y ss.

⁶³ Cfr. Carratta, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, *op. cit.*, p. 126.

absolutamente *irrelevantes*. Como se ha dicho, la hipótesis que ha sido objeto de alegación es verdadera o falsa en sí (o sea en relación con los acontecimientos del mundo real), pero *en el proceso* ella es incierta, y permanece incierta —o sea posiblemente verdadera o falsa— independientemente de cómo se comporta la parte que se opone o no se opone a ella. *En el proceso*, de hecho, la incertidumbre podrá resolverse sólo con la decisión final, y en base al resultado de las pruebas.

En general, de cualquier modo, se excluye que el acuerdo de dos o más sujetos pueda cambiar el *status* epistémico de un enunciado, en particular determinándole la verdad. No han faltado en realidad, en la filosofía y en la epistemología recientes, posiciones según las cuales la verdad de cualquiera aseveración dependería exclusivamente del consenso que sobre ella se realiza en un determinado contexto. Según estas posiciones, por tanto, no sería la realidad la que determinaría la verdad o falsedad de los enunciados que la describen, sino que sería la convergencia de opiniones en relación a la verdad o a la falsedad de estos enunciados.⁶⁴ Sin embargo, filósofos y epistemólogos de orientación “realista” (como aquella que aquí se sigue) han rechazado decididamente toda concepción consensualista de la verdad: por ejemplo, Alvin Goldman escribe que “A consensus theory of truth is the faith of optimists, no part of a proper definition of truth”.⁶⁵ En realidad, si se adhiriera a una concepción consensualista de la verdad se necesitaría admitir que existió una época (quizá no terminada, o no terminada en todas partes) en la que era verdadero que la Tierra fuese plana. Sólo el cambio del acuerdo entre los sujetos interesados habría determinado la falsedad de esta teoría, y por tanto la transformación de la Tierra en un cuerpo celeste de forma casi esférica. O también se necesitaría reconocer que porque Bellarmino tenía de su lado un amplio y fuerte consenso, que duró hasta años recientes, entonces por mucho tiempo ha sido verdadero que fuese el sol el que giraba alrededor de la Tierra, y falso que Júpiter tuviese cuatro lunas.⁶⁶ Los ejemplos paradójicos podrían multiplicarse, pero no es necesario agregar otros; parece ya consolidado que la verdad de un enunciado no depende jamás del consenso de un auditorio, y menos del acuerdo de dos personas, sino del modo como está conformado en la realidad el acontecimiento que le es su objeto.

Volviendo ahora a la alegación y a la oposición o no oposición de los hechos, se puede observar que en base a las definiciones indicadas precedentemente, según las cuales se trata de actividades que vienen llevadas a su propia naturaleza de actos lingüísticos, parece inútil y superfluo imaginar que las partes estipulen, a través de semejantes actividades, un acuerdo negocial teniendo por objeto la verdad de los hechos alegados. Correspondería de hecho hipotizar que la alegación del actor consista en una especie de

⁶⁴ Sobre las distintas concepciones consecuencialistas de la verdad cfr. por ej. Goldman, *Knowledge in a social World*, *op. cit.*, pp. 69 y ss.; Lynch, *La verità e i suoi nemici*, *op. cit.*, pp. 35 y ss.

⁶⁵ Cfr. Goldman, *Knowledge in a social World*, *op. cit.*, p. 12. En sentido decididamente crítico cfr. también Lynch, *La verità e i suoi nemici*, *op. cit.*, pp. 46 y ss.

⁶⁶ Cfr. sobre este punto Marconi, *Per la verità...*, *op. cit.*, pp. 14 y ss., el que observa que las tesis que se expresan en el texto no estaban, quizá, históricamente privadas de alguna justificación, pero “que las justificaciones sean hijas del tiempo no implica que lo sea la verdad”.

propuesta o de oferta contractual, como si alegando un hecho éste dijese al demandado “te propongo un acuerdo en relación a la verdad del hecho que alego”. Por otro lado, la oposición equivaldría a una suerte de rechazo de tal oferta o propuesta, mientras que la no oposición sería una especie de aceptación tácita de ella.⁶⁷ En esta perspectiva la jurisprudencia⁶⁸ alcanza a decir que “el hecho no objetado no tiene necesidad de prueba *porque las partes han dispuesto de él vinculando al juez a tenerlo en cuenta sin ninguna necesidad de convencerse de su existencia*” (cursiva agregada). Parece sin embargo evidente, en base a las consideraciones desarrolladas precedentemente, que esta opinión se funda sobre un grosero equívoco y no tiene consideración de la real naturaleza y de los efectos de las actividades de alegación y de oposición y no oposición a los hechos. En particular, parece peregrina la idea que las partes “dispongan” del hecho que ha sido alegado, como si de la verdad de los hechos se pudiese disponer, con un negocio tan eficaz capaz de vincular al juez para tener como verdadero aquel hecho sin ni siquiera “convencerse de su existencia”. Se trata, como es fácil constatar, de una construcción imaginaria que no tiene nada que ver con la realidad de eso que las partes hacen cuando alegan, refutan o no refutan un enunciado de hecho. Tal construcción encuentra una explicación en la ideología del proceso como “cosa privada de las partes” de la que ya se ha hecho referencia, pero en el contexto del proceso no se justifica y no responde a alguna particular exigencia. Ella amerita por tanto caer bajo la navaja de Ockham para quien, como se sabe, *entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*.

5.

Sobre la base de las consideraciones que preceden, la duda formulada en el título de estas páginas se resuelve en sentido negativo: la verdad de los enunciados relativos a los hechos de la causa existe o no existe en función de cómo se hayan desarrollado los acontecimientos en el mundo real, y no es objeto de negociación o de acuerdo entre las partes. Como ya ha sido dicho, la no oposición no hace verdadero eso que es falso, y tampoco hace verdadero eso que ya es verdadero por sí.

Por otro lado, el postulado recordado precedentemente, que busca derivar de la no objeción de los hechos algunas ventajas prácticas en términos de simplificación y eficiencia del proceso, no lo hace por eso ilegítimo: al contrario, se trata de una finalidad que en alguna medida ha de considerarse positivamente. Vale la pena, sin embargo, precisar cómo opera un mecanismo de este tipo, a los fines de establecer bajo qué condiciones puede ser aceptable.

⁶⁷ En el sentido que la no oposición *no* sea una actividad de naturaleza negocial cfr. en particular Carratta, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, *op. cit.*, pp. 264 y ss.

⁶⁸ Cfr. en particular el *leading case* constituido por la sentencia de Casación S. U. 23 de enero 2002 n° 761, *op. cit.*, En el mismo sentido cfr. también la jurisprudencia posterior, sobre la cual ver referencias en *Commentario breve*, *op. cit.*, p. 1193.

Sobre este punto debe destacarse que la teoría del hecho “pacífico” se funda sobre una especie de *als ob* que recuerda el pensamiento de Vaihinger: en efecto no se sabe si el enunciado sobre el hecho “pacífico”, alegado y no objetado, sea verdadero o falso. No obstante se admite –o se pretende– que el juez se comporte *como si* aquel enunciado fuese verdadero, o sea *como si* el hecho hipotizado y afirmado en sede de alegación se hubiese realmente verificado en el mundo de los acontecimientos reales. Como ya ha sido dicho, de hecho, la no oposición no determina la veracidad del enunciado alegado: el *status* de este enunciado queda epistémicamente incierto, porque la no oposición no agrega una información tal que la afirmación de su veracidad pueda aparecer *warranted*.

Asimismo no es posible extraer consecuencias de este género de la pura y simple conducta omisiva de la parte que no objeta: si la sabiduría popular dice que “quien calla otorga”, no dice sin embargo que el hecho de callar demuestre de algún modo la verdad de eso sobre lo que se calla. En realidad, las razones por las que la parte no objeta un hecho alegado pueden ser variadas, pero ninguna de ellas parece idónea para determinar la verdad del enunciado que describe el hecho. Al contrario, el demandado podría evitar refutar un enunciado relativo a un hecho que sabe que no es verdadero precisamente con el fin de ocultar la verdad, colaborando con el actor en violar la ley. No se puede ni siquiera excluir, de otro lado, la eventualidad que el demandado no conteste un enunciado de hecho que en realidad es falso, porque cree erróneamente que él sea verdadero. Parece, por tanto, evidente que de la falta de objeción no se pueden extraer elementos de convicción (y tampoco “argumentos de prueba”)⁶⁹ a propósito de la verdad del enunciado en cuestión, y tampoco a propósito de la voluntad de la parte que no objeta la conclusión de un acuerdo en relación a esta verdad.

En una situación de este género, afirmar que el enunciado de hecho no objetado deba ser tomado como verdadero a los fines de la decisión implica un elevado riesgo de error. Fundar la decisión sobre un enunciado de hecho formulado en un momento del proceso en el que no se sabe nada en relación a la verdad o falsedad de él, en cuanto no se han adquirido todavía elementos de prueba al respecto, implica el riesgo que se asuma como verdadero un enunciado que por el contrario es falso. Este riesgo es cuantificable exactamente en el 50%, porque existe una posibilidad sobre dos que la decisión fundada sobre aquel enunciado sea errada. Esta proposición expresa en términos de riesgo la medida del *déficit* de justicia que se verifica en el momento en el que se decide la controversia sobre la base de un enunciado de cuya verdad o falsedad no se sabe nada: el riesgo es que una decisión sobre dos sea injusta porque se funda sobre un enunciado falso.

Debe considerarse entonces el problema de establecer si la ventaja práctica que se obtiene, en términos de simplificación del proceso, excluyendo el hecho no objetado del *thema probandum* es suficiente para contrabalancear la pérdida en términos de justicia

⁶⁹ Aparece, por tanto, privada de fundamento la posición difundida en la jurisprudencia según la cual la no objeción sería una conducta idónea para proveer al juez argumentos de prueba en relación a la verdad del hecho no refutado (cfr. también para consideraciones en tal sentido, Carratta, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, op. cit., pp. 175 y ss.; Ciaccia Cavallari, *La non contestazione: caratteri ed effetti*, op. cit., II, pp. 39 y ss.; Fabiani, *Il valore probatorio della non contestazione del fatto allegato*, op. cit., p. 1347).

de la decisión que deriva del asumir como verdadero un enunciado que tiene el 50% de probabilidades de ser falso.

Una solución que mirase exclusivamente a la justicia de la decisión impondría excluir toda relevancia procesal a la no objeción de las alegaciones de hecho, y reclamaría que todos los respectivos enunciados fuesen demostrados como verdaderos o falsos en base a las pruebas, no distintamente de eso que sucede para los enunciados de hecho que son objetados. Esta solución, por otro lado, podría ser criticada argumentando que ella desconoce las exigencias de economía procesal y veta toda posible simplificación en la determinación de los hechos. Este argumento no es del todo privado irrelevante, y lleva entonces a preguntarse si no puede existir una solución razonable, que al menos reduzca en alguna medida los peores riesgos de error en la decisión, aunque abriendo la vía a alguna significativa simplificación del procedimiento.

Una solución razonable puede ser identificada al reflexionar sobre la circunstancia que cuando una parte alega un hecho hipotetizando la verdad del relativo enunciado, en realidad asume sobre sí la carga de demostrar en juicio, con pruebas, que aquel enunciado es verdad porque el hecho se ha efectivamente verificado en el mundo real. En otros términos: el efecto principal de la alegación consiste en el asumir la carga de la prueba relativa al hecho alegado: *onus probandi incumbit ei qui dicit* expresa el brocardo tradicional, y por tanto aquél que alega un enunciado de hecho asume la carga de demostrar la verdad.⁷⁰ Paralelamente, la objeción de la veracidad de aquel enunciado tiene el efecto —por así decir— de consolidar respecto a la parte que ha alegado el hecho la carga de demostrar que él se ha verificado realmente; la objeción *confirma* (póngase atención: no crea) el *status* epistémico de incerteza del enunciado que ha sido objeto de alegación, y —como ya se dijo— tal incerteza se podrá resolver sólo con la determinación probatoria del hecho en cuestión.

Es sobre este terreno, entonces, que se puede encontrar una solución razonable al problema práctico que se ha formulado precedentemente. Se puede admitir, por lo tanto, que la falta de objeción de un hecho opere en el sentido de atenuar o de eliminar, para la parte que lo ha alegado, la carga de demostrar su existencia, puesto que el demandado, con su conducta, no desafía al actor a realizar tal demostración. Se puede por lo tanto admitir que en virtud de la no objeción se verifique una suerte de *relevatio ab onere probandi* en favor de aquél que ha alegado el hecho convertido en “pacífico”: porque sobre aquel hecho no tiene lugar la dialéctica contradictoria de las partes, se puede simplificar el procedimiento en el sentido de considerar no necesaria la prueba del hecho no objetado.⁷¹

⁷⁰ No se trata, en realidad, sólo de una regla de técnica procesal, sino de un principio fundamental que encuentra aplicación en todo campo del conocimiento: cfr. Gaskins, *Burden of proof in modern discourse*, New Haven-Londres, 1992, pp. 2 y ss.

⁷¹ En sentido análogo, Cfr. Carratta, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, op. cit., pp. 282 y ss., el que destaca justamente que una cosa es provocar un *relevatio ab onere probandi* a ventaja de la contraparte, y otra es vincular al juez a tener como verdadero el hecho no objetado.

Se debe destacar, no obstante, que esto no comporta ninguna consecuencia respecto a la verdad o no verdad del enunciado que se refiere al hecho; el *status* de él queda incierto, pero se admite que esta incertidumbre se haga irrelevante, en sede de decisión, en función de la circunstancia que *entre las partes* ella no ha sido objeto de controversia porque la contraparte no ha puesto a la parte que ha efectuado la alegación en la condición de tener que demostrar la fundamentación de sus aseveraciones. Es claro, por otro lado, que en tal modo no se elimina el riesgo de error del que se ha hablado: se debilita la carga de probar la verdad del hecho alegado, y por tanto este hecho queda no demostrado, el respectivo enunciado fáctico queda incierto, y por tanto permanece la posibilidad que una decisión sobre dos sea fundada sobre un enunciado fáctico falso. Se trata entonces de establecer si una consecuencia de este género se justifica sobre la base de la inercia de la parte que habría podido objetar el hecho y no lo ha hecho. En sentido positivo se podría quizá decir que es esta misma parte la que debe asumir —con su conducta— el riesgo de perder por efecto de una decisión fundada sobre un enunciado falso.⁷² De otra parte, porque la ley admite, en el art. 2698 Código Civil italiano que las partes convengan una modificación o una inversión de las respectivas cargas probatorias, se puede también admitir que con su conducta una parte provoque una *relevatio ab onere probandi* a ventaja de la otra parte.⁷³

Esto no implica, sin embargo, admitir que tengan lugar las consecuencias que la jurisprudencia a menudo extrae de la falta de objeción de un hecho alegado, y que maximizan la gravedad y frecuencia del peligro de error que existe al fundar una decisión sobre la verdad no demostrada de un enunciado de hecho. Se trata, entonces, de prever la posibilidad que se llegue a verificar directamente la verdad o la falsedad del enunciado alegado —y no objetado— todas las veces que eso resulte posible y oportuno. Así, de un lado se necesita dar a las partes la oportunidad de objetar las alegaciones contrarias en todo momento del⁷⁴ proceso, de modo que se imponga la carga de la prueba a la parte que ha alegado los hechos, sin que tenga lugar al respecto alguna preclusión. En tal caso, por otra parte, se necesita que quede a salvo el derecho de la parte, que ha

⁷² El demandado es libre para elegir la estrategia defensiva que prefiera (así Carratta, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, op. cit., p. 275), y por lo tanto es también libre de asumir sobre sí el riesgo del que se habla en el texto.

⁷³ Es útil recordar, por otra parte, que la norma admite los pactos relativos a las cargas probatorias sólo si la causa se refiere a derechos disponibles. Se puede por lo tanto, admitir que la *relevatio* opere, en caso de falta de objeción, sólo en esta hipótesis, y la carga originaria de la prueba que incumbe al actor no se aminore si la causa se refiere a derechos indisponibles. Debería quedar claro, sin embargo, que así no se acepta de ningún modo la teoría negocial de la no objeción.

⁷⁴ En un sentido contrario está la jurisprudencia más reciente, que —a diferencia de lo que sucedía en el pasado— excluye la posibilidad de objeciones “tardías”: Cfr. indicaciones en *Commentario breve*, op. cit., pp. 1192 y ss. La doctrina se ha posicionado contrariamente, a propósito del art. 167 Cod. Proc. Civ., en el sentido de una interpretación relativamente más elástica, en cuanto admite que la objeción pueda darse también después de la primera defensa del demandado, al menos hasta la audiencia de tratamiento prevista por el art. 183 (véanse referencias en *ibidem*, p. 513). Después de la reciente reforma de esta norma, se puede fácilmente admitir que la objeción pueda darse también en las memorias depositadas fuera de audiencia en los términos concedidos por el juez a los efectos del inciso 5° de la misma disposición.

alegado el hecho posteriormente objetado, de deducir y de hacer asumir las pruebas de que dispone en relación a ese hecho. De otro lado, no se puede excluir la asunción de medios de prueba admisibles y relevantes en torno a la verdad o a la falsedad del hecho no objetado, si las partes han deducido tales pruebas o el juez las ha dispuesto de oficio. En todo caso, el hecho no objetado debe ser efectivamente objeto de decisión, en el sentido que el juez puede siempre extraer elementos de convicción en torno a la verdad o falsedad de él, de cualquiera fuente de convicción que le venga suministrada en el curso del proceso. Además, el juez podrá desconocer su existencia, por ejemplo, cuando la verdad de aquel hecho le aparezca inverosímil o resulte en contraste con otros hechos que han sido probados. En sustancia, el hecho no objetado podrá ser considerado como verdadero, y por tanto puesto como fundamento de la decisión, sólo cuando el juez haya madurado la convicción de la verdad del enunciado que lo describe⁷⁵.

Todo esto equivale a decir que la no objeción de la alegación de un hecho no tiene en sí algún efecto vinculante, ni para las partes ni para el juez: no se trata de hecho de un negocio estipulado entre las partes, sino de una situación en la cual no se deprecia el valor de la verdad como condición de justicia de la decisión, y resulta de cualquier modo oportuno minimizar la eventualidad que una decisión sea tomada sin una determinación efectiva de la verdad de los hechos relevantes.

BIBLIOGRAFÍA

- BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile. Profili sistematici*, Turín, 2001.
- CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milán, 1995.
- CIACCIA CAVALLARI, *La contestazione nel processo civile. I. La contestazione tra norme e sistema*, Milán, 1992; *II. La non contestazione: caratteri ed effetti*, Milán, 1993.
- COMOGLIO, "Allegazione", en *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ.*, Vol. I, Turín, 1987.
- COMOGLIO, *Le prove civili*, 2ª ed., Turín, 2004.
- CUSUMANO, "Le prove nel discorso storico: riflessioni a margine", en Andò, V. / Nicolaci, G., *Processo alla prova. Modelli e pratiche di verifica dei saperi*, Roma, 2007.
- DAMAŠKA, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, Bolonia, 1991.
- DEL CORE, "Il principio di non contestazione nel processo civile: Profili sistematici, riferimenti di dottrina e recenti acquisizioni giurisprudenziali", en *Giust.: civ.*, 2004.
- DUXBURY, *Random justice: on lotteries and legal decision-making*, Oxford, 1999.
- FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia, I y II*, Laterza, Roma-Bari, 2007.
- FERRER BELTRÁN, *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid-Barcelona, 2002.
- FRUS, "Note sull'onere di "prendere posizione" nel processo del lavoro", en *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1991.
- GASKINS, *Burden of proof in modern discourse*, New Haven-Londres, 1992.
- GOLDMAN, *Knowledge in a social World*, Oxford, 1999.
- GRICE, *Studies in the way of words*, Cambridge, Mass.-Londres, 1989.

⁷⁵ En sentido análogo cfr. En particular Carratta, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, op. cit., p. 266.

- HAACK, *Manifesto of a passionate moderate. Unfashionable essays*, Chicago-Londres, 1998.
- LANGBEIN, *The origins of adversary criminal trial*, Oxford-Nueva York, 2003.
- LIND-TYLER, *The social psychology of procedural justice*, Nueva York, 1988.
- LYNCH, *La verità e i suoi nemici*, tr. It., Milán, 2007.
- MARCONI, *Per la verità. Relativismo e filosofia*, Turín, 2007.
- MONTERO AROCA, *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*, Valencia, 2001.
- MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, 3ª edición, Madrid, 2002.
- NORRIS, *Epistemology. Key concepts in philosophy*, Londres-Nueva York, 2005.
- PROTO PISANI, "Allegazione dei fatti e principio di contestazione nel processo civile", en *Foro It.*, 2003, I.
- SEARLE, *Mind, language and society. Philosophy in the real World*, Nueva York, 1999.
- SEARLE, *Speech acts. An essay in the philosophy of language*, Cambridge, 1980.
- TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milán, 1992.
- TARUFFO, "Idee per una teoria della decisione giusta", en Taruffo, *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, 2002.
- TARUFFO, "Poteri probatori del giudice e delle parti in Europa", en *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2006.
- WILLIAMS, B. *Truth and truthfulness. An essay in genealogy*, Princeton-Oxford, 2002.
- TWINING, *Rethinking evidence. Exploratory essays*, 2ª edición, Cambridge, 2006.