

«HECHOS NORMATIVOS» Y «HECHOS PROBADOS»

CÉSAR RASCÓN
Universidad de León

No estoy seguro de que resulte del todo útil volver sobre lo que ya se ha opinado, y menos cuando es la tercera ocasión que esto ocurre. Pero en el caso al que me voy a referir, considero que es necesario.

En los estudios de derecho romano que se publicaron en memoria del profesor Benito Reimundo apareció un artículo mío¹ en el que hacía un resumen de las distintas opiniones que se habían dado sobre el significado de la *custodia* referida al *pignus* después de la publicación de un libro aparecido en 1976, que fue mi tesis doctoral². En aquel artículo, cuando valoraba el sentido que podría tener la *custodia* en algunos textos como D.13,7,13,1 (*venit autem in hac actione et dolus et culpa, ut in commodato: venit et custodia: vis maior non venit*), al analizar la articulación de la prueba en el proceso desde el punto de vista lógico, hacía algunas afirmaciones que ahora voy a modificar porque considero que no son del todo exactas, al menos a mi modo de ver.

Mi cambio de opinión sobre el problema trae causa de la lectura de una obra que cuando escribí el artículo no conocía y de la relectura de otras dos. De éstas, una es el espléndido apéndice de Gianturco a los fragmentos 1.144-1.156 del *Comentario alle pandecte* de Glück³, en el que el autor analiza la carga de la prueba en lo que él titula con la modestia propia de los grandes espíritus *Brevi note sulla teoria dell'onere della prova, anche in rapporto alle presunzioni, in generale*. La otra es un artículo de Ferrini que causó estado en la materia que trataba: *Le presunzioni in diritto romano*⁴. A partir de esta obra quedó constatado, entre otras cosas, que el sentido en el que se emplea en los derechos modernos la expresión *praesumptio iuris* es una creación del derecho justiniano

¹ *Custodia seu presunción de culpa*. En *Estudios de Derecho Romano en memoria de Benito M^a Reimundo Llanes*, Burgos, 2000, tomo II, pp. 263-276.

² *Pignus y custodia en el derecho romano clásico*. Oviedo, 1976.

³ Libro 22. Milano, 1906, pp. 366-459.

⁴ *Rivista per le scientia guiridiche*, XIX (1893), pp. 258-294.

que utiliza el término *praesumptio* con un significado nuevo y diferente del que se le asignaba en el derecho clásico. El derecho justiniano, dice Ferrini, encuentra «naturalísimo» que se establezca por ley una inversión en el «orden natural de la prueba», es decir que la ley imponga considerar probado lo que no lo está, extremo sobre el que tendremos ocasión de retornar.

La lectura nueva es un libro que se aleja mucho de las obras tradicionales en las que los romanistas encontramos, normalmente, la fuente de inspiración de nuestras reflexiones. Se trata de un trabajo publicado hace más de una década con el sugestivo título de *La imaginación jurídica*⁵, en el que el autor desarrolla bajo el título del segundo capítulo *La fabricación jurídica de los hechos*, una serie de ideas que han llamado mucho mi atención. En el marco del constructivismo jurídico, pone el acento sobre el dato real de que el pensamiento jurídico ha centrado su atención en el estudio y sistematización del «material normativo», dando la sensación de que los hechos se encuentran más allá de «lo jurídico». Sin embargo, en la aplicación del derecho, lo fáctico se incrusta en lo normativo pero no como simple prolepsis, porque los hechos, en derecho, al ser «hechos probados» sobre los que se construye la argumentación que concluye en el fallo judicial, predeterminan éste. Ésta ha sido, precisamente, la búsqueda constante de la ciencia jurídica: la sistematización deductiva que asegure un resultado lógico en el fallo. Ya decía Viehweg⁶ que «la tópica ha prestado como hemos visto grandes servicios a la jurisprudencia, pero, como hemos visto también, hace que la jurisprudencia no pueda convertirse en un método, pues sólo puede llamarse método a un procedimiento que sea comparable por medio de una lógica rigurosa y cree un unívoco nexo de fundamentos, es decir un sistema deductivo». Por ello, la jurisprudencia romana no es para Viehweg un método sino un estilo que tiene, como cualquier otro estilo, mucho de arbitrio amorfo y muy poco de comprobabilidad rigurosa.

Ferrini ya se planteaba algo así al enunciar el problema esencial. Decía que si el Derecho, en lugar de considerar el desarrollo normal de las cosas, pretendiese la certeza matemática de las pruebas, la previsión en las leyes de todas las circunstancias posibles, la observancia de la más escrupulosa diligencia imaginable antes que la ordinaria diligencia de un buen padre de familia, toda la vida estaría embarrancada y los remedios jurídicos, en abstracto incontrovertibles, serían prácticamente inservibles⁷.

Pero no voy a anticipar ahora conclusiones. Iremos más allá cuando observemos el alcance de la expresión que se contenía en la formula procesal *si non paret, absolvito*. Por ahora voy a referirme a algunas afirmaciones vertidas en mi artículo *Custodia seu presunción de culpa* al que me refería al principio.

⁵ Jesús Ignacio MARTÍNEZ GARCÍA: *La imaginación jurídica*. Madrid, Debate, 1992.

⁶ *Tópica y jurisprudencia*. Madrid, Taurus, 1964, p. 105.

⁷ Op. cit., p. 274.

I. Una de las cosas que dije entonces ⁸ fue que tanto la presunción que se contiene en la regla de Marciano ⁹ sobre la carga de la prueba, que asigna dicha carga al demandante o en su caso al demandado que opone una excepción ¹⁰, como la que se deduce de la regla de Paulo ¹¹, que impone la carga de la prueba al que afirma y no al que niega (recordemos que el alcance de la expresión «carga de la prueba» no es otro que el interés práctico en convencer al juez de unos hechos a los que aplicado el derecho conducen a un fallo coincidente con nuestro interés), tenían su origen en el principio de causalidad, «tan perceptible —decía— en la *naturalis ratio*». Esta afirmación se sostenía en que, siendo el derecho subjetivo algo intangible, indemostrable empíricamente, ha de convencerse al juez de unos hechos capaces de modificar una situación jurídica determinada, de la que el derecho subjetivo trae causa. El juez ha de considerar inexistente aquello de lo que no ha sido convencido, y ha de fallar contra quien no es capaz de acreditar los hechos que constituyen el antecedente de la transformación de la realidad jurídica creada por la presunción. El ejemplo que introduje en el texto me parecía bastante elocuente: si reclamo cien, debo convencer al juez de que se dieron las circunstancias que modificaron la situación jurídica en la que no me eran debidos, porque esos hechos dan lugar precisamente al nacimiento de mi derecho. De ahí mi afirmación anterior de que no se trata de una simple prolepsis, sino que su valor consiste, precisamente, en predeterminar el fallo, aunque esto sea anticiparme a lo que he de concluir después.

Aquella expresión en la que afirmaba que lo que subyacía en las presunciones era el principio de causalidad, creo que no es del todo exacta. Mi afirmación tiene su origen en una concepción no del todo precisa de la idea de presunción que expongo en otro lugar del trabajo ¹². Afirmando en dicho lugar, y tal afirmación constituye el punto de partida de toda la argumentación que sigue, que «con la presunción se da por cierto algo que no se ha probado», y éste es otro de los asertos que conviene matizar, porque entendida *sic et simpliciter* se puede llegar a conclusiones también imprecisas como la que se contiene en la página 272 del artículo citado, al afirmar que cuando se someten a un juez las controversias, éstas están guiadas por una presunción que determina que una de las partes, si quiere «ganar el pleito», debe «convencer al juzgador de que dicha presunción no favorece a la otra parte». Me refiero, claro está, a las presunciones contenidas en las reglas de Marciano y Paulo que se pueden formular del siguiente modo: se presume que el demandado que se opone a la demanda tiene razón mientras no se demuestre lo contrario, y se presume que quien se opone a una afirmación de la contraparte tiene razón, en tanto que quien afirma no demuestre lo contrario.

⁸ P. 274.

⁹ D. 22, 3, 21.

¹⁰ D. 44, 1, 1.

¹¹ D. 22, 3, 2.

¹² P. 271.

II. Lo cierto es que mi intención ahora, como ya dije, es ir más allá. En realidad, mi definición de presunción en la que se da por cierto algo que no se ha probado (en el ejemplo propuesto, que el demandado no debe cien) ha de ser sustituida por la mucho más precisa y elegante de Ferrini: «por la presunción se admite algo sin necesidad de prueba»¹³. El matiz es importante por lo que sigue.

Las reglas de la carga de la prueba propuestas en los textos de Marciano, Ulpiano y Paulo, y en la explicación diocleciana (*cum per rerum naturam factum negantis probatio nulla est*)¹⁴ se encuentran en uno de los lugares comunes del derecho: el de la estructura formal del razonar jurídico que conocemos como subsunción, en cuya virtud entendemos que las decisiones judiciales son estructuras lógicas de carácter deductivo que constan de dos o más premisas y una o más conclusiones, a las cuales respondían hasta hace poco tiempo los resultandos, considerandos y fallo de las sentencias. Ahora observemos la estructura de las fórmulas procesales. Las expresiones *si paret condemnato... si non paret absolvito* con las que se inicia y finaliza la redacción de la fórmula, no pueden significar otra cosa que el juez está constreñido por unos hechos que no sólo no se han probado, sino que no precisan prueba. Por lo tanto, la estructura lógica de la decisión judicial no se inicia con la premisa mayor, constituida por la norma, seguida por la premisa menor, integrada por los hechos aportados por las partes o por la parte interesada. Comienza con unos hechos que ni se han probado ni necesitan prueba, y que, además, tienen carácter normativo puesto que determinan el fallo, constriñendo al juez como se constata en la ya citada expresión *si non paret absolvito*.

Estos hechos tienen, por tanto, el valor de reglas y la parte a cuyo interés perjudican, si quiere que la resolución le sea favorable, se ve obligada a acreditar que los hechos a los que se ha de aplicar la norma son otros. Pero no hechos «de la vida misma», sino que han de «fabricarse» de tal manera que la aplicación de la norma resulte en nuestro interés, porque los «hechos probados», aquellos de los que el juez está convencido y sobre los que aplica la norma, también tienen la virtualidad de predeterminar el fallo. No a la manera en que lo hacen los hechos normativos, sino por su condición de premisa menor del silogismo que conduce a la conclusión. De este modo, la fórmula (*si paret condemnato... si non paret absolvito*) ofrece dos alternativas al juez: la absolució, predeterminada por los «hechos normativos» que no es preciso probar y no son otra cosa que una presunción como punto de partida en el sentido exacto en el que Ferrini las definió, y la condena, predeterminada por los «hechos fabricados», que cuando el juez esté convencido de ellos se convertirán en «hechos probados» y destruirán la virtualidad de los «hechos normativos». De estos hechos presupuesto son reflejo las presunciones contenidas en las tantas veces mencionadas reglas de la carga de la prueba que producen «seguridad jurídica» aunque sólo sea en la medida en que determinan el papel de las partes procesales en el período probatorio del proceso.

¹³ *Op. cit.*, p. 259.

¹⁴ C. 4, 19, 23 y C. 4, 30, 10.

No otra puede ser la interpretación la expresión de *Fitting Regeln des lebens* y de la utilizada por Ferrini *ordine naturale della proba*, cuando tratan de explicar la razón de ser de las reglas sobre la carga de la prueba, que formularon como reglas de buen sentido los juristas romanos. La infinita variedad de relaciones y formas que ofrece la vida es contemplada caso a caso en el «hechos normativos» que, como presupuestos, fuerzan en el proceso las presunciones contenidas en aquellas reglas.

2.3.2. *Prueba testifical*

