

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

2008

ESTUDIOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO



SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL

Editor:

Agustín Squella

Asistentes del Editor:

Aldo Valle, Joaquín García-Huidobro y Claudio Oliva

Comité Consultivo:

Albert Calsamiglia (†) (Barcelona), Elías Díaz (Madrid),
Enrico Pattaro (Bologna), Miguel Reale (†) (Sao Paulo),
y Rolando Tamayo (Ciudad de México).

Consejo Editorial:

Antonio Bascuñán, Enrique Barros, José Joaquín
Brunner, Humberto Giannini, Alfonso Gómez-Lobo,
Jorge Iván Hübner y Máximo Pacheco.

ANUARIO DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL
2008

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL N° 26

2008

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Adolfo Ibáñez, Católica del Norte, Católica de Temuco, Católica de Valparaíso, Católica de la Santísima Concepción, de Antofagasta, de Concepción, de Los Andes, de Chile, Diego Portales, del Mar y La República.

Especial mención cabe hacer a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, en cuyo taller de imprenta, "Edeval" se llevó a cabo la impresión de este volumen.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

I. S. B. N. — 0170 — 17881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar

Impreso en EDEVAL
Errázuriz 2120 - Valparaíso
E-mail: edeval@uv.cl

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL

2008

ESTUDIOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO
(2006 - 2008)

Fernando Atria, Antonio Bascuñán Valdés,
Rodrigo Coloma, Jesús Escandón Alomar, Joaquín
García-Huidobro Correa, Fernando Quintana
Bravo, Pablo Ruiz-Tagle, Agustín Squella Narducci,
y Aldo Valle Acevedo.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social
tiene su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La
correspondencia puede ser dirigida a la casilla 3325,
Correo 3, Valparaíso, o al correo electrónico
asquella@vtr.net

PRESENTACIÓN

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social presenta su *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* N° 26, correspondiente al año 2008, y del cual se hace entrega en el segundo semestre de 2009. En proceso de edición se encuentra el número 27 de esta obra, correspondiente a 2009, el cual incluirá las ponencias que autores chilenos presentaron este año en la Tercera Jornada Argentino Chilena de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, que tuvo lugar en Mendoza en el mes de mayo de 2009. En cuanto a la Cuarta Jornada Chileno Argentina de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, ella tendrá lugar en 2011 en la Universidad de Valparaíso.

El presente volumen de nuestro *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* está dividido en 5 secciones, a saber, Estudios, Traducciones, Debate, Informe en Derecho, y Recensiones.

Sin perjuicio de lo que fue indicado al inicio de esta Presentación, estudios y recensiones destinados al número 27 del *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* se esperarán hasta el 31 de diciembre de 2009.

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

ESTUDIOS

septembre 1971), publiés par Hubert Hubien, Bruxelles, E. Bruylant, 1971.

SANTO TOMÁS DE AQUINO; Q.90, arts. 1, 2 y 4, q.92, art.1, q.93, art.3, y q.95, art. 2, en *Tratado de la ley en general* (trad. del latín por Fr. Carlos Soria, O. P.), en *Suma Teológica*. Trad. por una comisión de PP. Dominicos presidida por el Dr. Fr. Francisco Barbado Viejo, O.P. 2a. ed. Madrid, B.A.C., 1956; t. VI.

SCHREIBER, Rupert; *Lógica del Derecho*. Trad. del alemán por Ernesto Garzón Valdés. Buenos Aires, Sur, 1967.

SOLER, Sebastián; *Las palabras de la ley*, 1ª ed., México, F.C.E., 1969.

VIEHWEG, Theodor; *Tópica y Jurisprudencia*, trad. del alemán por Luis Díez-Picazo Ponce de León, Madrid, Taurus, 1964.

VILLEY, Michel; "De l'indicatif dans le droit" en *Archives de Philosophie du Droit*. Paris, Sirey, 1974; t. 19 (Le langage du Droit).

VILLEY, M.; "Liminaire: Données historiques" en *Archives de Philosophie du Droit*. Paris, Sirey, 1966; t. 11 (La logique du Droit).

LA CONTROVERSIA FÁCTICA

Contribución al estudio de la *quaestio facti*
desde un enfoque narrativista del Derecho *

JOSÉ CALVO GONZÁLEZ **

"La exacta geografía de los hechos que voy a referir
importa muy poco.

Además, ¿qué precisión guardan en Buenos Aires los
nombres de Amrissar o de Udh?"

J. L. Borges, El hombre en el umbral. *El Aleph* (1949).

SUMARIO: 0. Introducción. 1. Controversia fáctica como afirmaciones de los hechos: naturaleza y alcance. 2. Controversia fáctica y reducción de la complejidad. 3. Controversia fáctica y teoría narrativista del derecho. 4. Controversia fáctica y *ars narrandi*. 5. Controversia fáctica y convención narrativa.

0. Introducción

Incluida entre las materias concernientes a la aplicación e interpretación del Derecho, la relativa a *los hechos* parece haber recibido

* (Universidad de Málaga. Málaga. España).

** Ponencia presentada a las XXI Jornadas de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, 4- 6 de octubre de 2007. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Buenos Aires (Argentina).

en la última década, finalmente, la merecida atención que de mucho más antiguo reclamaba. Y, en efecto, van siendo cada vez más numerosos los trabajos que desde la Teoría del Derecho¹ y algunas áreas de la Ciencia jurídica² hacen de la *quaestio facti*, aún en grado variable, asunto de su preocupación e interés. Ésta cobra así, además, una visibilidad en los programas docentes de la que antes había carecido. Para comprender

1. Vid., refiriendo sólo la literatura en España, José Calvo González, *El Discurso de los hechos. Narrativismo en la interpretación operativa*, Tecnos, Madrid, 1993 (1998²), *Derecho y Narración. Materiales para una teoría y crítica narrativista del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1996, "La verdad de la verdad judicial. Construcción y régimen narrativo", en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* (Milano) [en adelante RIFD], 76, 1999, pp. 27-54, "Hechos difíciles y razonamiento probatorio. (Sobre la prueba de los hechos disipados)", en *Anuario de Filosofía del Derecho* (Madrid) [en adelante AFD], XVIII, 2001, pp. 13-33, "Modelo narrativo del juicio de hecho: inventio y ratiocinatio", en Virgilio Zapatero (ed.), *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Libro Homenaje al Profesor Luis García San Miguel*, Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 2002, T. II, pp. 93-102, "Verdades difíciles. Control judicial de hechos y juicio de verosimilitud", en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 15/2007, pp. 1-22 [<http://www.uv.es/CEFD/15/calvo.pdf>], y *Octroi de sens. Exercices d'interprétation juridique-narratif*, Université Laval, Québec, 2007; Juan Igartua Salaverría, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, "La prueba de los hechos", en María Ángeles Barrère Unzueta [et al.], *Lecciones de Teoría del derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 269-294, y "La coherencia narrativa en la valoración judicial de las pruebas", en Luis Martínez-Calcerrada y Gómez (Coord.), *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, vol. 1, 2000, pp. 795-804; Marina Gascón Abellán, *Los Hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 1999 (2004²), "La racionalidad en la prueba", en *Revista de Ciencias Sociales* (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso), primer y segundo semestre de 2000 (sobre *El razonamiento jurídico*), pp. 605-630, y "Concepciones de la prueba. Observación a propósito de Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad, de Michele Taruffo", en *Discusiones*, III, 3, 2003 (sobre *Prueba, conocimiento, verdad*), pp. 43-54 [http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01482529890165929650035/discusiones3/discusiones_04.pdf]; Daniel González Lagier, "Los hechos bajo sospecha. Sobre la objetividad de los hechos y el razonamiento judicial", en Paulo Comanducci-Riccardo Guastini, *Análisis e Diritti 2000. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 69-87, "Hechos y argumentos. Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal" (I y II), en *Jueces para la Democracia* (Madrid) (en adelante *JD*), 46 y 47, 2003, respect. pp. 17-26 y 35-51, y *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Palestra, Lima-Bogotá, 2005; Rafael de Asís Roig, *Jueces y Normas. La decisión judicial desde el ordenamiento jurídico*,

una situación tan favorable acaso podrían hallarse diferentes posibles explicaciones.

A mi juicio, creo que la han propiciado varias y distintas causas. Sin pretender jerarquizarlas, ni agotarlas tampoco, afectan en su diagnóstico —de modo desigual, pero conjunto— entre otras, y excluida la de una ocasional mudanza en la moda jurídico-cultural, dos muy destacables. Una se alcanza desde ciertos signos de agotamiento del debate sobre problemas de racionalidad jurídica cuando si en especial centrado en la exigencia de fundamentación de las decisiones judiciales, afrontó no obstante en lo básico y principalmente aspectos relativos a la *quaestio iuris*, tales como el de la coherencia normativa en la motivación del *iudicium iuris*, y así con no poco abandono de lo mucho problemático que envolviendo al *iudicium facti* también involucra el mecanismo de control de la decisión sobre los hechos, por ejemplo en orden a la coherencia narrativa, aunque no sólo ni exclusivamente a ella. La otra resulta a partir de las recientes reformas de las leyes rituales del sistema de justicia civil, penal y administrativa que, como orientadas hacia la oralidad, han introducido una rehabilitación de las habilidades y competencias retóricas y de las técnicas de litigación adversarial entre las representaciones y defensas técnico-jurídicas participantes en la sustanciación de procedimientos judiciales.

Ambas han actuado a mi parecer en calidad de concausas, si bien su nivel de influencia en absoluto ha sido idéntico. La clase de interés

Marcial Pons, Madrid, 1995, *Sobre el razonamiento judicial*, Dykinson, Madrid, 1998, "Sobre la motivación de los hechos", en *ADF*, T. XVIII, 2001, p. 35-48 y *El juez y la motivación en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2005; Laura Miraut Martín, "La sentencia judicial entre la recreación y la sustitución de los hechos", en *ADF*, XVIII, 2001, pp. 49-66; Jordi Ferrer Beltrán, "Está probado que p", en Lucía Triolo (ed.), *Prassi giuridica e controllo di razionalità*, Giapichelli, Torino, 2001, pp. 73-96, *Prueba y verdad en el Derecho*, Pról. de Michele Taruffo, Marcial Pons, Madrid, 2003, "Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales", en *JD* 47, 2003, pp. 27-34, y "El contexto de la decisión sobre hechos probados", en Alfonso García Figueroa (coord.), *Racionalidad y Derecho*, CEPyC, Madrid, 2006, pp. 159-183.

2. Destaco particularmente los libros de David Blanquer Criado, *La prueba y el control de los hechos por la jurisdicción contencioso-administrativa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, y *Hechos, ficciones, pruebas y presunciones en el Derecho Administrativo. Taking Facts Seriously*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.

suscitado en reacción a la incuria por la *quaestio facti* difiere igualmente en uno y otro caso. Distinta es también su procedencia.

El enfoque a los hechos que se origina desde el replanteamiento de *quaestio iuris* ha supuesto en realidad, por lo general, un desvío de mirada apenas sólo estratégico en la visión jurídica de la facticidad. La nueva *visibilidad de los hechos* es débilmente crítica con la perspectiva hegemónica de la *quaestio in iure*, que sigue absorbiendo a la *quaestio in facto*. El panorama de los hechos es allí una vista desde el mirador de la *quaestio iuris*. No extraña pues que instalados en ese punto de vista (usualmente el *in focus* —la estructura de trabajo— de la mayoría de los ensayos académicos sobre *quaestio facti*), el problema de los hechos en la aplicación del derecho se contemple como *quaestio* de construcción jurídica del hecho, o *quaestio* de comprobación fáctica y, en consecuencia, que observar los hechos con esa mira lleve a reducir el problema de la facticidad al de su interpretación o su prueba. El riesgo de esa mirada comprimida y estrechada está en terminar asimilando el hecho a su justificación jurídica.

Atisban de otra manera el problema de los hechos en la aplicación del derecho los estudios que al contacto con la experiencia jurisdiccional adoptan una estructura de trabajo que focaliza los hechos en directa observación de la práctica procesal y judicial del derecho. Desde allí la *quaestio facti* comienza a ser vista en un contexto que ahora amplía el clásico de la justificación (*quaestio in iure*, que tanto abarca la calificación del hecho como la valoración del resultado de la actividad de prueba o rendimiento probatorio)³ incursionando el del descubrimiento. Con

3. Vid. Perfecto Andrés Ibáñez, "Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* (Alicante) [en adelante *Doxa*], 12, 1992, pp. 257-299, "¿Neutralidad o pluralismo en la aplicación del derecho? Interpretación judicial e insuficiencia del formalismo", en *Doxa*, 15-16, 1994, pp. 861-882, "Carpintería de la sentencia penal (en materia de 'hechos')", en *Revista del Poder Judicial*, 49, 1998, "Sentencia penal: formación de los hechos, análisis de un caso e indicaciones prácticas de redacción", en *Poder Judicial*, 57, 2000, pp. 179-180, y "La argumentación probatoria y su expresión en la sentencia", en VVAA., *Lenguaje forense*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pp. 9-34 [*Estudios de Derecho Judicial*, 32], y Juan Molins García-Atance, "El control del razonamiento fáctico de instancia al margen del art. 191.b) de la LPL", en *Tribuna Social. Revista de Seguridad Social y Laboral*, 173, mayo 2005, pp. 27-44.

todo, el problema de conocimiento judicial de los hechos no va ya limitado al desarrollo de un modelo de índole cognoscitivista para la fijación judicial de los hechos, sosteniendo uno u otro tipo teorías coherentistas y pragmatistas de la verdad. Su dedicación, más allá incluso de reflexiones críticas para con el tránsito de la *quaestio facti* a *quaestio iuris* en determinada modalidad de enjuiciamientos⁴, tiene un ámbito y empeño bien definido. Compete de forma inmediata y específica, *prima facie*, a la presentación del material fáctico, pero incide asimismo con centralidad en la concreción de los hechos que pueden ser probados, independientemente de su ulterior repercusión sobre la premisa fáctica del *thema probandi* (hechos que se han de probar y serán presupuesto de los efectos jurídicos buscados por las partes).

El ámbito material y formal del problema de los hechos en la aplicación del derecho se correspondería, pues, tanto con la inicial alegación fáctica de las partes en el proceso civil (demanda, contestación y reconvencción), o con el de la hipótesis fáctica contenida en el escrito acusatorio tratándose del penal —es decir, incumbiría a la sección alegatoria los escritos rectores del proceso donde se consignan los hechos— como también, a través de determinado momento decisional previo al juicio (la audiencia previa o preliminar)⁵, con la cuestión de la

4. Vid., por ejemplo, Víctor Fairén Guillén, "De los hechos al derecho: uno de los sofismas de la ley del jurado de 1995", en *Revista de Derecho Procesal*, 2, 1997, pp. 355-374.

5. El momento procesal previsto por la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero [en adelante LECv], es la denominada *audiencia previa al juicio* (arts. 414 y ss.), siendo en su art. 428.1 donde se delimita la función de dicha fase procesal respecto de los sujetos, objeto (sustrato fáctico de la causa de pedir, prosecución de la litispendencia o posibilidad de terminación del litigio) y modo de fijación de los hechos sobre los que exista conformidad o disconformidad. En esto último la referencia legal dispone que en el debate sobre la controversia se produzca la intervención del tribunal "con las partes o sus defensores", y subsidiariamente, con la parte. A los efectos de proposición y juicio de admisión de la prueba corresponde asimismo al órgano judicial, según le atribuye el art. 429.1, una participación decisiva al poder manifestar que "las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos", indicando el hecho o hechos que pudieran verse afectados por aquella insuficiencia, pudiendo también "señalar la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente". Asimismo en relación con el

fijación de los hechos concretos, cuando ésta opera en calidad de presupuesto de la proposición de prueba y del juicio de relevancia y admisibilidad (quiditas y quatenus). Y así lo que acerca de la *quaestio in facto* interesa con carácter principal y precursor es ahora, por tanto, el establecimiento de la *controversia fáctica* en sí misma considerada.

art. 435 1.º (Diligencias finales), sin que en consecuencia signifiquen que el órgano judicial supla de falta de diligencia por parte de las partes. Para un más concreto análisis de esa facultad judicial en la materia véase el comentario en la literatura procesalista a los trabajos de Víctor Fairén Guillén, *La audiencia previa: consideraciones teórico-prácticas. Comentarios a los arts. 414 a 430 del Código de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero del año 2000*, Civitas, Madrid, 2000; y de José María González Montes, "La audiencia previa en el juicio ordinario de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000", en *Tribunales de Justicia. Revista española de Derecho procesal*, 7 (2000), pp. 1049-1060; José Bonet Navarro, "Audiencia previa al juicio ordinario (artículo 414)", en VV. AA., *Abogado y procurador en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000. Teoría y jurisprudencia*, Aranzadi, Pamplona, 2003, pp. 313-324; Antonio Rodríguez Carrión, "La conciliación en la audiencia previa al juicio", en *Revista jurídica de Navarra*, núm. 49, 2004, pp. 147-186; Andrés de la Oliva Santos, "Génesis de la audiencia previa en el juicio ordinario de la Ley de enjuiciamiento civil 2000", en Andrés de la Oliva Santos (Coord.), *El tratamiento de las cuestiones procesales y la audiencia previa al juicio en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2005, pp. 23-34; Enrique Vallines García, "El acto de celebración de la audiencia previa al juicio", en Andrés de la Oliva Santos (Coord.), *op. cit.*, pp. 361-452 y Aner Uriarte Cordón, "La fijación de los hechos controvertidos como presupuesto del juicio sobre la admisión de los medios de prueba", en Xavier Abel Lluch- Joan Picó i Junoy (dir.), *Aspectos prácticos de la prueba civil*, Bosch, Barcelona, 2006, pp. 75-104. La Comisión redactora del Código Procesal Modelo para Iberoamérica, integrada por los procesalistas Adolfo Gelsi Bidart, Enrique Vescovi, y Luis Torello, miembros de Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, que entregó el Anteproyecto el 19 de febrero de 1987, finalmente aprobado el año 1988 en Río de Janeiro, ya había diseñado la "audiencia previa" en su art. 33. Vid. Adolfo Gelsi Bidart- Enrique Vescovi- Luis Torello, *El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Montevideo, 1988. Han incorporado la audiencia preliminar o previa a su legislación interna primero el Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay de 1989 (Ley 15.982, de 18.X.1988, con entrada en vigor a partir del 20.XI.1989) en arts. 340 a 343, y también el Código Procesal civil de la República del Perú (Resolución Ministerial núm. 10-93-JUS Promulgado a 08.01.93. Publicado el 23.04.93) en arts. 468 a 472, en esp. art. 471. En la República de Argentina, si bien pueden rastrearse antecedentes de esta institución en ley 22.434 (1981), que introdujo el art. 125 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina, fue la ley 24.573, dictada en 1995, la que incorporó (art. 360) una audiencia que sin asignarle nombre fue conocida "audiencia preliminar". Ésta, sería luego modificada a través de la reforma operada por ley 25.488 a dicho Código, vigente a partir del 22.V.2002, regulándose con mayor detalle dicha audiencia, ya

En este sentido, la relación *quaestio facti-quaestio iuris* experimenta un reenfoque fundamental. Y es de singular importancia señalar que, como guiada desde el primero de sus términos, dota de pleno alcance al postulado *ex facto oritur ius*⁶.

Ciertamente, es en la controversia fáctica donde los hechos se convierten en *factores propulsivos de la quaestio iuris*⁷.

1. La controversia fáctica como afirmaciones de los hechos: naturaleza y alcance

Decir la *controversia fáctica* emplaza en sede procesal el litigio sobre los hechos (*quaestio facti*) puede parecer una aserción trivial o vacua de tan simple y obvia. Apenas lo será sin embargo si la reeñunciamos expresándola, por ejemplo, del siguiente modo: *la controversia fáctica*

expresamente como *audiencia preliminar*, y extendiéndola a los "juicios que tramiten por otros procedimientos". Así, el mencionado art. 360 inc. 1º impone al juez, oídas las partes, *fijar por sí los hechos* articulados que considere conducentes a la decisión del juicio y sobre los que versará la prueba desestimando los que considere inconducentes de acuerdo a las piezas procesales. Vid. Patricia Bermejo, *La audiencia preliminar en el proceso civil*, en Revista del Colegio de Abogados de La Plata, 55 (1995), pp. 257-300, y Carlos J. Colombo- Claudio M. Kiper, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado y comentado*, Edit. La Ley, Buenos Aires, 2006, T. IV, p. 30. La *audiencia preliminar* se encuentra asimismo recogida en varios Códigos provinciales (Anteproyecto de Reforma al Código Procesal Civil y Comercial Provincial de 1961 y el Proyecto de Reforma al Código Procesal de Buenos Aires, e incorporada a los procesos de familia por la Ley Procesal de Familia); Provincia de Río Negro (1988), Provincia de Tierra del Fuego, y Código Procesal Civil y Comercial de La Pampa de 2002.

6. Santiago Sentís Melendo, "Ex facto oritur ius", en *Revista Jurídica de Catalunya*, 74, 1, 1975, pp. 45-96.
7. Confío que esta formulación sorteará sin polémica otros problemas relativos al ligamen *quaestio facti/quaestio iuris*, que no son objeto del principal asunto que aquí se trata. Vid. sobre ellos, no obstante, Chaïm Perelman, "La distinction du fait et du droit", en Chaïm Perelman (ed.), *Le fait et le droit*, Vruylant, Bruxelles, 1961, pp. 268-278, y John D. Jackson, "Questions of Fact and Questions of Law", en William Twining (ed.), *Facts in Law*, Franz Steiner Verlag, Wiesbaden, 1983, pp. 85-100.

sitúa procesalmente las afirmaciones sobre los hechos litigiosos. Creo que su valor semántico cambia significativamente.

En efecto, *el litigio en la quaestio facti es en realidad la controversia de "afirmaciones" sobre los hechos*. Pero, ¿quiere decir esto, acaso, que no hay negaciones en la contestación al desafío de demanda, o en la disconformidad de la defensa respecto de la hipótesis fáctica de la acusación? Pues bien, eso es exactamente lo que quiere decirse.

Existiendo más de una versión sobre la ocurrencia histórica acerca de algún determinado suceso⁸, lo que hallaremos será siempre, antes que negación, una impugnación, la que para ser tal no exige negar la adversa, o bien será directamente una afirmación incompatible respecto de aquélla; le bastará con objetarla, pues su finalidad es enfrentarla y reñirla, o también estorbarla (mediante excepciones dilatorias) o repelerla (mediante excepciones perentorias), siendo precisamente esa situación la que origina el estado de controversia y adversariedad, de contradicción. Sucede así, claramente, en el proceso civil (principio dispositivo: *alegata et probata partium*) que es el sistema representativamente puro de controversia, y aún de jurisdicción. Y también en el proceso penal, jurisdicción "mixta" y garantizada (tanto concentrado derecho defensivo del Estado frente a la dispersa *vindicatio privata*, como derecho de autodefensa de la sociedad, *v. gr.*: ante hechos que atenten a la seguridad colectiva, a la forma de gobierno, etc., y frente al propio Estado), donde la resistencia de la defensa a la hipótesis fáctica acusatoria (Conclusión Provisional Primera —Hechos— del escrito provisional de la acusación pública y/o privada) se produce expresivamente en términos de desnuda "disconformidad", que es *per se* desacuerdo, discrepancia, o cuanto menos divergencia (patentizada más adelante, con claridad, en la Conclusión Definitiva mediante calificación subsidiaria del hecho como otro delito análogo o como falta; *v. gr.*: hecho delictivo de hurto en vez de robo, falta de hurto en vez de delito de hurto). En lo demás, aparte el que ninguna defensa penal inteligente anticiparía su estrategia procesal más allá de esa "inconformidad" de principio, en lo concerniente a su posterior eficacia respecto

8. Lógicamente queda excluida la interpelación judicial de jurisdicción voluntaria, donde no hay contienda.

del *thema probandum* o materia de la actividad probatoria⁹, junto a hallarse vedado por la presunción de inocencia¹⁰ pretender imponer a la defensa la prueba de hechos negativos (*probatio diabolica*)¹¹, tampoco le traería demasiado beneficio a tal parte proponer una ocurrencia alternativa construyéndola sobre la premisa fáctica de una negación absoluta, negación de hecho pura y simple o negación indeterminada (en el tiempo o el espacio; *v. gr.*: coartada indefinida), pues comoquiera que ella no implicaría a su vez afirmación opuesta, al resultar entonces lo negado de extremadamente difícil probanza (prueba como *confirmación* o *refutación*) dada la imposibilidad práctica para suministrarla, ello mismo le haría quedar fuera de los hechos que han de ser probados. Por último, tratándose de pleito civil si la negación del actor o la contraparte involucra una afirmación, comoquiera que deberá ser probada —los hechos negativos se prueban aportando la prueba de los hechos positivos— nada ahorraría respecto de la proposición de hechos positivos.

Basta, pues, con que se produzca la *impugnación* o la *disconformidad* para que tenga lugar un estado procesal de oposición, de

9. Esto es, lo relacionado con las reglas distributivas del *onus probandi*, valiendo recordar: 1. La carga de la prueba corresponde tanto al demandante como al demandado de acuerdo a sus respectivas afirmaciones de hecho. 2. Corresponde al actor la prueba de los hechos que dan nacimiento al derecho por el invocado (hechos constitutivos). 3. Corresponde al demandado la prueba de los hechos en que fundamenta su excepción (hechos extintos o impeditivos). 4. Que la excepción del demandado en ocasiones implica la admisión del hecho constitutivo alegado por el actor con fundamento de la pretensión. Vid. art. 217 LECy, y por extenso Mercedes Fernández López, *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, La Ley, Madrid, 2006.

10. Vid. el completo trabajo de Mercedes Fernández López, *Prueba y presunción de inocencia*, Pról. de Olga Fuentes Soriano y José M^a Asencio Mellado, Iustel, Madrid, 2005.

11. De antecedente romanista. Vid. María Eugenia Ortuño Pérez, "La carga de la prueba de los hechos negativos en Diocleciano", en VV. AA., *La prueba y medios de prueba. De Roma al derecho moderno. Actas del VI Congreso Iberoamericano y III Congreso Internacional de Derecho Romano*, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2000, pp. 563-576.

contrariedad, que es desde luego de debate, y hasta de disputa genuina, *sobre los hechos afirmados*.

La controversia fáctica, por tanto, *pone al descubierto el contencioso de las respectivas afirmaciones, expresas o tácticas, sobre la quaestio facti*. Importa, en fin, subrayar que sólo hay *afirmaciones de hechos, no "realmente" hechos*. Difícilmente cabrá sostenerlo de otro modo si aceptamos —algo que no podremos dejar de admitir— que la controversia fáctica es asimismo la *occasio* procesal para el *qué pueda conocerse de los hechos en litigio*, que no será sino la fijación de las afirmaciones sobre los hechos, ya que los hechos se encuentran perdidos (*post res perditas*), y *cómo ésto pueda hacerse*, e igualmente para el *qué pueda probarse*, es decir, *qué sea probable, qué pueda someterse a prueba, que será, ya que los hechos no se comprueban, únicamente lo probable de aquello alegado acerca de los hechos por las partes en sus afirmaciones, y el cómo ésto pueda hacerse*.

2. Controversia fáctica y reducción de la complejidad

Según vengo sosteniendo, la controversia fáctica que descubre el *contencioso de afirmaciones sobre la quaestio facti* es también la oportunidad procesal en que se precisa *qué y cómo pueda conocerse acerca de los hechos en litigio*, e igualmente *qué y cómo pueda probarse sobre ellos*.

Esa precisión tiene el sentido de criterio reductor de la complejidad *de los hechos*, anterior a otros también existentes, y de efectividad relativa a mi modo de ver, cuya base es normativa o probatoria.

Porque, en efecto, la norma (premisa mayor) funciona sin duda como un esquema de contención de los hechos (premisa menor) permitiendo su puntualización objetiva¹², para desde allí prescribir por subsunción la hipotética conclusión lógicamente deducible. Y la prueba, en especial para lo relativo a la iniciativa probatoria y las reglas distri-

12. Vid. Emilio Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria Generale e Dogmatica*, Giuffrè, Milano, 1949, pp. 11-12, 129 y 144-145. Como "recognoscibilidad objetiva", *id.*, p. 281. Sobre lo denominado como "punto de relevancia hernenética", Emilio Betti, *Teoria del negozio giuridico*, Utet, Torino, 1943, pp. 212-213.

butivas del *onus probandi*, ciertamente constituye asimismo un reajuste de los hechos (*thema probandum* o hechos que deberán ser materia de actividad probatoria, o sea, confirmados o refutados).

No obstante, norma y prueba presentan espacios de déficit formularios o funcionales en su disposición para actuar de criterios reductores de la complejidad fáctica. La norma no siempre programa con exactitud la fórmula de contención fáctica, porque la norma habla de los hechos —permítaseme la metáfora— como en código Morse, lo que a su vez ocasiona frecuentes y comprometidos trances probatorios. Tales dificultades se patentizan en lo que agruparía como *hechos rebeldes*. Estos surgen:

a) Porque existan "supuestos de hecho" que no se contengan en el registro prescriptivo base de la estructura fija de imputación normativa. La norma es una fórmula y como tal una reducción de la complejidad fáctica. La situación de rebeldía fáctica viene dada porque la norma no formule un *referente suficiente* de contención. Así, habría hechos al margen de la fórmula normativa, ante los que la norma se muestra incapaz de un tracto (acarreo) fáctico, incapaz de operar respecto de ellos algún mecanismo de subsunción.

Hablaremos entonces hechos de una realidad marginal, *para-normativa* o adyacente; hablaremos de hechos rebeldes como inatrapables, de hechos extravagantes.

b) Porque acaezcan "supuestos de hecho" que trascienden el tipo fáctico prescrito por la norma. La norma, además de una fórmula de contención fáctica es igualmente, y al propio tiempo, una regla óptica factual, de creacionismo fáctico, de modo que el fenómeno de rebeldía se produce también cuando la norma no formula un *referente exclusivo* de contención. Es decir, se registran hechos sobrenormativos, hechos expandidos de la norma, y ante los que la norma no sólo se retrasa y distancia, sino que se encuentra superada por los hechos.

Hablaremos entonces hechos de una sobrerrealidad, *extra-normativa*; hablaremos de hechos rebeldes como desbordados, de hechos emergentes.

Desde un punto de vista teórico la dificultad producida en esta *rebelión de los hechos* y entrañada en el *déficit de clausura* (por

insuficiencia o inexclusividad) del hecho normativo obedece, en general, al diseño del esquema de tipología referencial del “supuesto de hecho” disponible para interrogar y verificar su existencia jurídico-legal; esto es, a dificultades constatables a partir de las diferentes convenciones teóricas y terminológicas del lenguaje jurídico —referencias descriptiva, empírica, valorativa o relacional, y positiva o negativa— con que el “hecho” figure presentado en el enunciado normativo¹³. Por tanto, no se trata de una dificultad canónica provocada en la posible existencia de dos particulares lenguajes, el de las normas y el de los hechos (cuestión que, además, no sería sólo terminológica, pues asimismo afecta al tipo de sujetos de la enunciación¹⁴), sino fundamentalmente a las formas de discurso enunciativo del supuesto de hecho, o gramaticalidad designativa del supuesto de hecho (*fattispecie*, *abstrakte Tatbestand* o *if-*

13. Vid. Jerzy Wroblewski, “Los hechos en el Derecho”, en Jerzy Wroblewski, *Sentido y hecho en el Derecho*, trad. de J. Igartua y F. J. Esquiaga Ganuzas, Universidad del País Vasco- Euskal Eriko Unibertsitatea, San Sebastián, 1989, pp. 193-200, Michele Taruffi, “Note in tema di giudizio di fatto”, en *Revista di Diritto civile*, 1, 1971, p. 41 y *La prueba de los hechos* (1992), trad. de J. Ferrer Baltrán, Trotta, Madrid, 2002, pp. 105 y ss., y Tecla Mazzaresse, “Dubbi epistemologici sulle nozioni di *quaestio factie quaestio iuris*”, en *RIFD*, 69, 1992, pp. 294-320, en esp. pp. 304 y ss.

14. Señalo aquí la circunstancia de que la enunciación de determinados hechos por el sujeto que comparece o presenta denuncia ante el Juzgado de Guardia se encuentra a menudo interferida por la enunciación que del evento trasladan otros sujetos, como los funcionarios policiales, al introducirlo en modelos de hechos o reconducirlo a prototipos fácticos considerados en su cultura jurídica como esenciales para la existencia posible de un tipo determinado *hecho jurídico*, y a veces directamente categorizándolos jurídicamente antes incluso de su calificación por el Ministerio Fiscal. Esta enunciación “protojurídica” de los hechos está ayuna de estudio. Sin embargo, es evidente que no escapa al interés del *thema probandum*, por su clara trascendencia a efectos de incoación diligencias previas o preparatorias. Por lo demás, la enunciación de hechos contenida en los atestados policiales, sobre los que en ulterior fase de plenario opera el principio de “no constituir prueba, sino ser objeto de prueba”, y que exige, aparte de la testifical de los agentes intervinientes, la inclusión en el mismo ramo de la del instructor y el secretario de las actuaciones, es de una importancia probatoria que raramente escapa a la detenida atención y examen por las partes. Las repercusiones de este tipo de enunciaciones alcanzarían también a la interferencia producida por funcionarios judiciales, en concreto actuarios y secretarios judiciales en orden a la fe pública, con ocasión de las comparecencias.

then statement), en los predicados del lenguaje normativo que sólo trasladan descripciones empíricas.

En el orden práctico, más cercano a la prueba (*thema probandum*, o hechos que se deben probar) este conjunto de situaciones y/o retos de rebeldía, ante los que se han abierto diversas vías jurisprudenciales de reconducción y sujeción fáctico-normativa, se advierte sobre todo, con alto número de experiencias, en el ámbito de las relaciones jurídico-patrimoniales y colaciona, por incidencia complementaria, en la dificultad para la debida actividad probatoria de cargo respecto de diversos fenómenos delictivos complejos, especialmente de carácter u orden económico.

Del resto, en materia de probática la instancia reductora de la complejidad fáctica tampoco supera para con la determinación del hecho el polémico déficit que apunta todo lo relacionado con la prueba extemporánea, la no practicada, la prueba nula o viciada de ilicitud, el límite de la eficacia probatoria de las pruebas atípicas o, en fin, los controles sobre la valoración judicial de las pruebas.

Pero, repito de nuevo, la oportunidad procesal (audiencia previa o preliminar al juicio) en que irrumpe el *contencioso de afirmaciones sobre la quaestio facti* confiere a la condición y signo de esa controversia también, y pienso que con más motivo y eficiencia, una capacidad reductora de la complejidad fáctica con frecuencia inadvertida. Antes que entren a actuar criterios de base normativa o probatoria, la complejidad *de los hechos* experimenta una significativa reducción porque durante su desarrollo provoca la delimitación del sustrato fáctico de la *causa petendi*¹⁵ y demarca los medios de prueba idóneos y bastantes.

15. *Sustrato fáctico de la causa petendi*. Lo expreso así con la intención de hacerme eco del sentir jurisprudencial mayoritario en el que, coincidente con parte de la doctrina procesalista (vid. al respecto de la composición de la causa de pedir M^a Victoria Berzosa Francos, *Demanda, “causa petendi” y objeto del proceso*, Ed. El Almendro, 1984, pp. 29-53 *versus* Isabel Tapia Fernández, *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*, La Ley, 2000, pp. 21-27. En la portuguesa puede seguirse de Isabel Canadas, *Perfil normativo e substracto fáctico da causa de pedir. Quaestio facti -quaestio iuris*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 2002), se considera que la causa de pedir va limitada a los hechos alegados por el actor y en su caso el demandante reconventional, únicos que vinculan al Tribunal, de modo que la *causa petendi* no incluiría elemento normativo alguno. No obstante, pueden también traerse a colación

Y así, del resultante acotamiento del sustrato fáctico de la *causa petendi* y delimitación de medios probatorios hallaremos que no todos los hechos que parecían formar parte de la controversia constituyen afirmaciones contenciosas, por existir hechos disconformes pero igualmente hechos conformes (hechos expresamente admitidos por ambas partes o hechos pacíficos, hechos tácitamente admitidos por la parte contraria, hechos ciertos o prejudiciales como los reconocidos por la parte que hubiera intervenido en ellos¹⁶, y hechos de notoriedad

algunas decisiones (v. gr.: SSTS 20 de febrero de 1993 [R] 1993, 6889), 15 de octubre de 1984 [R] 1984, 4865) y 31 de diciembre de 1998 [R] 1998, 9768) inclinadas a integrar e identificar en la causa de pedir elementos normativos. Tales estas resoluciones, en mira a lo dispuesto por el art. 399 de la LECv (los fundamentos de derecho de la demanda incluirán “cualesquiera otros hechos de los que pueda depender la validez del juicio y la procedencia de una sentencia sobre el fondo”), consideran pues que la *causa petendi* debería abarcar asimismo presupuestos normativos del hecho o hechos-base de las normas que se pretenden aplicar de donde, en favor a no generar a esa parte indefensión, por lo que configuran la causa de pedir como la situación de hecho jurídicamente relevante y susceptible, por tanto, de recibir del órgano judicial competente tutela judicial efectiva. De resultas, cabría entender que la *causa petendi* se compone de un elemento fáctico (*quaestio facti*), determinable como el conjunto de hechos que sirven de fundamento al objeto de la demanda individualizado en el *petitum*, y por un elemento de Derecho (*quaestio iuris*), formado a su vez por la calificación jurídica que da la parte actora o demandante reconventional a su pretensión, o lo que es igual, por la apreciación que en Derecho recibiría su pretensión, y por el fundamento normativo que en concreto le serviría de soporte, es decir, las normas que entiende son de aplicación. Este último, parece entre todos los elementos integrantes muy secundario en virtud de lo prevenido por el párrafo último del art. 218.1 de la LECv, por el que conforme al principio *iura novit curia* “el Tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por las litigantes”; de donde la *causa petendi* padecería alteración, produciendo *mutatio libelli*, únicamente con la modificación de la relación causal entre los hechos alegados y la calificación de la lesión que a partir de ellos presentara como jurídicamente relevante, o a la inversa.

16. Vid. art. 283 en relación al art. 414, ambos de la LECv, y STS 6 de diciembre de 1952.

“hechos fáciles”¹⁷), los que a su razón habrán quedado fuera de las afirmaciones contenciosas, y respecto a los que el juicio de relevancia y admisión de prueba no tendrá necesidad, por inútil, de pronunciarse. Frente a tales “hechos fáciles”, es decir, experiencias existenciales cuya *adquisición, fijación y verificación fáctica* no procederá a través de medio probatorio del que luego se obtenga confirmación o refutación alguna, otros sin embargo permanecerán contendidos, siendo así que como “hechos difíciles” su *conocimiento, esclarecimiento y puntualización fáctica* obtendrán su prueba conjeturar¹⁸ la relevancia y admisibilidad de la propuesta de prueba como adecuada y capaz de suministrar al órgano judicial probatorio para la determinación del hecho en cuestión.

17. Véase el art. 189.1 b Ley de Procedimiento Laboral. Ello, naturalmente, significa que en el hecho notorio “no existe dificultad fáctica”. Así, respecto de si la notoriedad “absoluta y general” se refiere a la alegada, como también acerca de si existe “notoriedad absoluta y general”, para lo que será necesaria cierta actividad probatoria de parte, nunca aportación *ex officio*, y no siguiente razonamiento probatorio judicial a fin de discernir si el hecho obtuvo trascendencia pública a la generalidad social o sólo a una parte de la sociedad. De otra parte, vid. en la ardua conexión entre la notoriedad y el “hecho” de “la circunstancia de afectación general” (art. 189.1 b Ley de Procedimiento Laboral) [hecho consistente en el “nivel de litigiosidad real existente sobre la cuestión discutida en el proceso”], salvando su prueba cuando se trate de “hecho notorio” o no haya sido puesto en duda entre las partes (SSTC 79/1985, 59/1986, 143/1987, 108/1992, 164/1992, 58, 127 y 347/1993, entre otras) aunque no su alegación, sin que pueda ser aportada de oficio por el juez, vid. SSTS (Sala Cuarta. Social), de 15 de abril de 1999 (recursos [en adelante r.] 5218/1997, 498/1998, 1591/1998, 1600/1998, 1602/1998, 1604/1998, 1605/1998, 1606/1998, 1942/1998) pronunciadas en Sala General, y otras muchas posteriores, como SSTS de 23 (r. 523/1998) y 30 (r. 5108/1997) de abril de 1999, 29 de Septiembre de 1999 (r. 2432/1998), 3 (r. 6/1999) y 4 (r. 3276/1998) de Noviembre de 1999, 14 (r. 2860/1998) y 23 (r. 723/1999) de diciembre de 1999, 17 de enero de 2000 (r. 1911/1999), 6 (r. 1595/1999) y 7 de marzo de 2000 (r. 268/1999), 10 de abril de 2000 (r. 544/1999), 25 de julio de 2000 (r. 3502/1999), y 11 de junio de 2001 (r. 4273/2000), con interpretación del citado precepto a efectos de la interposición del recurso de suplicación.

18. Adviértase que, como Michele Taruffo, *op. cit.*, p. 366, “esta operación anticipa en cierto sentido el juicio sobre el resultado de la prueba respecto de la determinación del hecho, pero no coincide con la determinación del valor efectivo que la prueba podrá tener *ex post* en el juicio final sobre los hechos”.

Entre las operaciones que comporta esa fijación de hechos controvertidos (objeto de la controversia) y proposición y admisión de la prueba se incluye fiscalizar, por ejemplo, el enlace de las cuestiones fácticas con los presupuestos de las acciones ejercitadas, es decir, su conexión objetiva causal; esto es, que entre la causa de pedir de la acción principal y de la acción reconvenzional exista un nexo o conexión, pero claramente también que si se obtuviera conformidad en todos los hechos y la discrepancia se redujera a cuestión o cuestiones jurídicas el propósito reductor de complejidad se habría alcanzado plenamente¹⁹, lo que igualmente significa que le es por completo ajena cualquier reducción que concierna a la controversia jurídica, a la *quaestio iuris*²⁰.

19. Art. 428.3 LECv: "Si las partes no pusieran fin al litigio mediante acuerdo (...), pero estuvieren conformes en todos los hechos y la discrepancia quedase reducida a cuestión o cuestiones jurídicas, el tribunal dictará sentencia dentro de los veinte días a partir del siguiente al de la terminación de la audiencia".

20. Un aspecto hacia el que aún no se ha prestado oportuna consideración atañe al ocasional vínculo problemático entre hechos controvertidos y medios de prueba. Cuando la LECv en su Exposición de Motivos (XI) alude al documento como instrumento probatorio, es posible inferir sin mayores dificultades que tratándose de documentos públicos no puede producirse controversia, de modo que "cabe y conviene atribuir una clara y determinada fuerza a la hora del referido juicio fáctico" (o sea, "a efectos de formación del juicio jurisdiccional sobre los hechos"). Ello, aunque se plantea desde una indebida miscelánea de la naturaleza del instrumento como medio de prueba y su valor probatorio a razón de fuerza fundamentadora de la certeza procesal, deja sin embargo abierta la posibilidad a ocasiones en que el documento privado como medio de prueba pueda efectivamente formar parte de la controversia fáctica ("salvo que su autenticidad sea reconocida por los sujetos a quienes puedan perjudicar"). Además de este supuesto, me parece de más interés el que, con mayor frecuencia también, se plantea cuando el núcleo de la controversia está afectado por medios probatorios, y en concreto por la pericia (dictamen pericial, medio probatorio ex art. 335.1 LECv). Así, en concreto, cuando la controversia no incumbe al acaecimiento de hechos, que por tanto no se discuten, sino a la valoración de los hechos no discutidos, por ejemplo científica, a través del juicio pericial. V. gr., en el orden jurisdiccional civil, el dictamen emitido por los peritos de la aseguradora frente a la reclamación del asegurado o perjudicado, que podrá aportar su propio dictamen o solicitar la emisión de uno elaborado por perito independiente. Desde mi punto de vista, en absoluto se habría rebasado aquí el ámbito de la controversia fáctica. Tampoco lo desbordaría en un procedimiento penal la discusión sobre el dictamen emitido o no acerca del grado de pureza de una sustancia estupefaciente intervenida (independientemente

Esto lleva necesariamente a interrogarse sobre cuál pueda ser la base de criterio reductor de complejidad fáctica, una vez excluido el normativo y probatorio, y a defender que aquella sea de índole *narrativa*, tomando de modo imprescindible como punto de partida la propia estructura de los escritos de alegaciones al presentar *en relato* los cursos de acción (acontecimientos) y circunstancias concretas del mundo exterior y de la vida anímica humana relacionadas con *hechos difíciles*, con preferencia acaecidos en el pasado, esto es, propiamente extinguidos (*in facto esse*, hechos, terminados, acabados [completos, consumados, ejecutados]), pero también con hechos presentes (*in fieri*, en acto de realizarse), con hechos que con carácter previo quizás pudieron o no haber acaecido (*ante-puestos*), con hechos de acaecimiento pronosticado (*ante-futuros*), o con hechos que ya no acaecerán (*ex-futuros*).

3. Controversia fáctica y teoría narrativista del Derecho

Uno de los frentes de trabajo de la teoría narrativista del Derecho (*Narrative Jurisprudence*) ha consistido en promover una perspectiva crítica (*Narrative Criticism of Law*) con la idea de verdad como correspondencia entre el resultado probatorio y la *realidad de los hechos*. En decidirse por esta tarea no intervinieron especiales prevenciones acerca de la posible funcionalidad (aptitud y competencia) que a la prueba incumbiera en tendencial dirección a tal objetivo, aunque también, es decir sin disimulo de un escepticismo fraguado en la experiencia de las limitaciones procesales de su práctica.

En este sentido, no se trata aquí de reproducir de otro modo las aprehensiones constructivistas²¹, autoconscientes de la trampa epistemológica luego de su relevancia como *quaestio iuris* a efectos de constituir o no prueba de cargo suficiente para aplicación o no de un subtipo agravado en sustancias que causen grave daño a la salud, del art. 369.3 CP [LO 15/2003]). En esto último, alguna resolución del TC (v. gr., STC 238/2006, de 17 de julio de 2006), acogiendo la argumentación dada en la STS impugnada, presenta a mi entender un pulcro aquilatamiento del espacio tocante a la controversia fáctica exponiendo el razonamiento en que se condujo para establecer y fijar la base fáctica que ulteriormente permitió determinar el elemento objetivo del tipo penal por el que se condenó.

21. Gunther Teubner, "El derecho como sujeto epistémico: hacia una epistemología constructivista del Derecho", trad. de C. Gómez-Jara Díez, en *Doxa*, 25, 2002, pp. 533-571.

mológica tendida por una procedimentalización del conflicto de conocimiento, donde persiguiendo atrapar la realidad independiente (*hechos brutos*) se termina instituyendo una “hiperrealidad” (*hechos jurídicos*) —un “paraíso de conceptos jurídicos”, podría decirse también con Hart²²— que no sólo la esquivo sino que se convierte en una abierta huida de ella. Esa misma propensión al realismo metafísico ya con anterioridad la había denunciado también Ihering en la fantasía de lo que presentó como “cielo de los conceptos jurídicos”²³. Tampoco se trata, aún sin desatender sus resultados, de remedar los aportes analíticos sobre conocimiento de la verdad con relación a la actividad probatoria desplegada. La prueba, en efecto, no atestigua ni asegura la verdad de los enunciados fácticos; únicamente aporta razones para aceptar tales enunciados como verdaderos²⁴. Cualquier otra aspiración se alimenta de una confusión entre prueba y verdad²⁵.

Lo que dispuso la agenda reflexiva de la teoría narrativista del Derecho partió mayormente de su incredulidad acerca de la noción *realidad de los hechos*. Admitiendo que el conocimiento de la “realidad” se expresa en enunciados sobre hechos o enunciados fácticos, buscaba

22. Herbert L.A. Hart, *El concepto de Derecho* (1961), trad. de G. R. Carrió, Nacional, México, 1980, pp. 161-162.

23. Rudolf von Ihering, *Bromas y veras en la Ciencia Jurídica. Ridendo dicere verum. Un presente navideño para los lectores de obras jurídicas* (1880), trad. de T. A. Banzhaf, concordada de la 13ª ed. alemana por M. Santiago Luque, con índices analítico y onomástico de M. C. Martínez, e Introd. de J. Bms. Vallet de Goytisolo, Civitas, Madrid, 1987, pp. 215 y ss.

24. Vid. Carlos Alchourrón y Eugenio Buliguyin, “Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico”, en Id., *Análisis lógico y Derecho*, CEP, Madrid, 1991, p. 310. Y en cuanto a la verdad judicial añaden: “es final, en el sentido de que pone fin a la controversia, (pero poner fin a la discusión sobre la verdad no hace verdadero el enunciado!)”, p. 311.

25. Vid. Ricardo Caracciolo “El problema de los hechos en la justificación de las sentencias”, (inédito) II Seminario de Teoría y Filosofía del Derecho. Sierra de Ventana, mayo 2000. Cit. en Andrés Bouzat y Alejandro S. Cantaro, “Verdad y prueba en el proceso acusatorio”, en *Discusiones*, 3, 2003, pp. 68 y 74.

cómo poder discernir y aumentar el conocimiento de los hechos brutos que se desarrollan en la “realidad” de acuerdo al propio modo de conocimiento con que se aprehenden; esto es, mediante la secuencia de palabras que integran enunciados fácticos.

Es claro que los operadores jurídicos de un procedimiento (partes procesales y juez) no aprehenden la *realidad de los hechos* como una suerte de existencia independiente de la forma lingüística que los transpone. Litigantes (técnicos o no) presentan “los hechos” como palabras, y en adelante hablan solamente de las palabras. Éstas se entrelazan formando discursos, varios discursos, que son las alegaciones, siendo así que “los hechos” expuestos ante los jueces (togados o legos) no serán ya entonces otra cosa que los hechos alegados en la controversia del discurso de los hechos. De la aportación discursiva de tales “hechos” se va luego, desde ahora como hechos aportados que pueden ser probados, a la verificación de la actividad probatoria, o sea, a los hechos aportados que deben ser probados, de donde a su vez como hechos probados pasan a hechos establecidos por el juez (o jurado) en el “juicio de hecho”, cuyo modelo discursivo es un relato que ha de poseer coherencia narrativa y que así suministra el *argumento maestro* sobre el que pivota la traducción normativa o “juicio de derecho” como subsunción, coherente a su vez con las específicas previsiones fáctico-jurídicas que cada ordenamiento haya podido disponer.

Pero, si se observa bien, en todo este recorrido el conocimiento de los hechos, los enunciados sobre hechos o enunciados fácticos, da a ver la presencia del *test de coherencia narrativa*, únicamente aplicado al decisivo relato judicial de los hechos probados. Esta situación conduce a fomentar una baldía polémica en torno a la inteligencia de la coherencia narrativa como criterio de verdad y prueba. Por ejemplo, la que objeta operatividad a la coherencia narrativa respecto de la verdad de los hechos, porque puedan existir narraciones de los hechos que sean coherentes pero falsas²⁶. O también, la que concluye de la coherencia narrativa una concepción “retórica” de la prueba, puramente marginal²⁷,

26. Así, Alexander Peczenik, *On Law and Reason*, Kluwer, Dordrecht-Boston-London, 1989, p. 181.

27. Michele Taruffo, *op. cit.*, pp. 172 y 312-313.

presumiendo que de la renuncia a la correspondencia entre el resultado probatorio y la realidad de los hechos la declaración de un hecho como probado se sigue de la plausibilidad o fuerza persuasiva —cierto que no siempre bien explicada²⁸— de una entre las varias posibles narraciones de hechos.

Desde mi percepción creo que conviene ordenar la discusión en dos direcciones. Una es rescatar la idea de coherencia narrativa como control de la *quaestio facti* aplicable no sólo al decisivo relato judicial de los hechos probados. Otra es subrayar que la noción de coherencia narrativa tiene por objeto, incluso en las versiones más radicales²⁹, antes que examinar la verdad de la narración de los hechos o interesarse por la narración de la verdad, el análisis estructural de las narraciones.

Bajo ese doble prisma un enfoque narrativista de la *quaestio facti* debería incidir asimismo, y hasta particularmente, sobre la “decisión constitutiva de la litis”³⁰ que tiene lugar durante controversia fáctica, debería abordar la interrogante sobre *qué y cómo conocemos acerca de los hechos en litigio* en ella y debería, por tanto, auspiciar el análisis estructural de las naraciones que articulan, con base a los enunciados fácticos, lo alegado en las afirmaciones sobre la ocurrencia histórica de un hecho.

4. Controversia fáctica y *ars narrandi*

Se propone este epígrafe indagar la construcción narrativa de la controversia fáctica, averiguar la estructura de su *ars narrandi*, o lo que es igual, la codificación de las narraciones en que discurre la alegación contenciosa sobre los hechos —*relato*/[*historia*/*narración*]³¹, o *discurso*

28. Vid. Neil MacCormick, “Time Narratives, and Law”, en Jes Bjarup -Mogens Blegvad (eds.), *Time, Law and Society, Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, Biheft 64, 1995, pp. 111-125, en esp. p. 117.

29. Bernard S. Jackson, *Law, Fact and Narrative Coherence*, Deborah Charles Pub., Liverpool, 1988. Pp. 61 ss., 151 ss. y 166 ss.

30. Como “decisión constitutiva de la litis” la presenta Rodolfo Luis Vigo, “Razonamiento judicial justificatorio”, en *Doxa*, 21, 2, 1998, pp. 483-499, en esp. p. 492.

31. Recojo y reúno las tres categorías genettianas, diferenciables pero a menudo intermediadas, de “relato”: *relato (récit)*, o “(...) el enunciado narrativo, el discurso oral o escrito que entraña la relación de un acontecimiento o de una serie de

narrativo de los hechos— con el objetivo de responder a *qué y cómo conocemos acerca de los hechos en litigio*.

No obstante, precede a tal propósito una necesaria precisión que remite al contraste, de origen platónico³² entre *mímesis* y *diégesis*, y también aristotélico³³ entre *mímesis narrativa* y *mímesis dramática*. A mi entender, la polaridad de estos pares —semejante a la expresada en lengua anglosajona entre *telling* y *showing*— ha perdido utilidad en la moderna narratología³⁴. Desde luego, no tiene demasiada para nuestro planteamiento, que va sostenido en la precomprensión fundante de que la narración no persigue trasladar el hecho mediante representación (perfecta) del acontecimiento real histórico, o mediante imitación

acontecimientos”, *historia (histoire)*, o “(...) sucesión de acontecimientos, reales o ficticios, que son objeto del discurso” —“relato” *sensu stricto* para Genette— y *narración (narration)*, o “(...) el acontecimiento consistente en que alguien cuente algo: el hecho de narrar tomado en sí mismo (...)”. Vid. Gérard Genette, “Discurso del relato”, en *Figuras III* (1972), trad. de C. Manzano, Lumen, Barcelona, 1989, pp. 75-327. La intermediación se produce porque la *historia* y la *narración* únicamente son posibles a través del *relato*, al tiempo que éste no existe sino porque cuenta una historia. En consecuencia, el *relato* o *discurso narrativo* relaciona *relato e historia*, *relato y narración e historia y narración*. De ahí que, para Genette, el análisis del discurso narrativo o relato sea en esencia el estudio de las relaciones entre relato e historia, entre relato y narración y (en la medida en que se inscriben en el discurso del relato) entre historia y narración. Y así, en definitiva, la narración cuenta la historia en un relato. De otros lugares de esa misma obra cabe recatar las mismas nociones con exposición distinta: así *historia* como *anécdota*, y *relato* como *presentación de la anécdota*, o bien *historia* como el significado o contenido narrativo y *relato* como el *significante*, siendo *narración* la *situación narrativa*. Vid. también sobre algunos de estos conceptos y nociones, lo puntualizado en Gérard Genette, *Nuevo discurso del relato*, trad. de M. Rodríguez Tapia, Cátedra, Madrid, 1998.

32. Platón, *Politeía*, libro III, cap. VI [*La República*, ed. bilingüe, trad., notas y Estudio prel. de José Manuel Pabón y Manuel Fernández-Galiano, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981].

33. Aristóteles, *Poética*, 1449b, 1450a, 1462a y b [ed. trilingüe por Valentín García Yebra, Gredos, Madrid, 1974].

34. Vid. Gerald Prince, *A Dictionary of Narratology*. University of Nebraska Press, 1987.

(representación imperfecta), pues el hecho únicamente posee realidad lingüística. El hecho no es la empiria del *datum*, como no es tampoco un *ab extra*³⁵ que exija convertir la narración en *historia rerum*. El hecho es discurso que no se toma de *re*, sino de *dicto*, es decir, de la sucesión de acontecimientos, reales o ficticios, que son objeto del discurso, o lo que es igual, del relato³⁶. En suma, el hecho no será sino la *inventio* discursiva (*ars inventa disponendi*) de su historia en la narración de su relato. La respuesta a *qué y cómo conocemos acerca de los hechos en litigio* ha de ser buscada, pues, en el decurso del relato (o *diégesis*).

Y ese decurso parte en un postulado preambular, cuya importancia pasa siempre injustamente desapercibida. Permítanme para recordarlo acudir a un ejemplo emblemático:

“Cuando llegó la noche doscientas setenta y dos
Sahrazade dijo:
- Me han contado, oh rey feliz....”
Las Mil y Una Noches

Dos consideraciones son destacables:

- a) *El relato de los hechos es, ante todo, el modo de atraer la atención —sobre ellos, y*
- b) *El relato de los hechos se construye en función narrativa heterodiegética.*

Lo primero es fundamental. Desde luego, entre las varias estrategias narrativas empleadas en el relato de los hechos una tiene como finalidad sugestionar al receptor, al juez (o jurado). El relato progresa en busca de ese narratario y a él se dirige desde el inicio tratando de suspender o incluso arrebatar su incredulidad. El conocimiento de esa y otras estrategias es importante. Pero tanto o más me lo parece

35. Vid. Roland Barthes, “El discurso de la historia”, en Id., *El susurro del lenguaje. Más allá de la palabra y la escritura*, trad. de C. Fernández Medrano, Paidós, Barcelona-Buenos Aires, 1987, p. 174.

36. “L’histoire est récit d’événements. Tout le reste en découle”. Cf. Paul Veyne, *Comment on écrit l’histoire*, Seuil, Paris, 1978, p. 14.

subrayar que determinada forma discursiva, la de la historia narrada en un relato, sea también el *modo de atraer la atención sobre los hechos*. Esta aseveración podría relativizarse fuera del contexto judicial, donde ciertamente cabe organizar otros modos *de atraer la atención sobre los hechos* (la imagen en el periodismo gráfico, el reportaje de investigación, la declaración política, la queja ciudadana, etc.)³⁷. En el jurídico-procesal sin embargo la participación del hecho a la autoridad judicial, sea que se produzca a través de interposición de denuncia o querrela, desde el atestado que confeccione la policía judicial, o mediante presentación de la papeleta de demanda, se asume a partir de su armadura en un relato. La atención judicial sobre los hechos está administrada a partir del principio organizativo de una narración y, en consecuencia, también su asimilación de la controversia fáctica (*Du mihi factum* o *Venite ad Factum*; desde la esquemática relación circunstanciada de hechos, hasta relato de hechos, más elaborado) está adaptada al tipo narrativo de congruencia de la historia contada.

Con la segunda consideración se pone de manifiesto algo, creo, igualmente de interés. Quienes cuentan la historia (asistencias técnico-jurídicas) no han intervenido en los hechos que relatan, son narradores heterodiegéticos, por lo que marcarán una distancia mayor, respecto de la acción que cuentan (“Yo no estaba allí, y los hechos sucedidos me han sido referidos así”), que si la historia fuera contada por narradores homodiegéticos (“Yo estaba allí, y los hechos sucedieron así”). Tal función determina que a la mediación de los narradores en el relato le sea extraño el modelo del narrador omnisciente, esto es, de quien se inmiscuye o produce una ingerencia en la historia que cuenta. Asimismo, que limitándose pues a contar pueda el narrador fingir que los hechos, o sea la *historia de lo sucedido*, “se cuenten por sí solos”. Naturalmente este fingimiento puede resultar efectivo si el narrador posee suficiente astucia para disimular la fábrica, la *inventio*, que todo relato exige para ser contado. Pero aún así, aunque la elaboración de la historia que de los hechos lleve a cabo el relato pareciera contarse por sí sola, al tratarse de narradores heterodiegéticos, semejantes a historiadores y no a “testigos” (narración testimonial), aquélla deberá no obstante venir

37. Todas, no obstante, pueden también ser leídas como una narración.

asistida por un compromiso de refrendo que no es otro que el ofrecimiento de medios probatorios. Posee así plena razón de ser que la *audiencia previa o preliminar* en la que se relatan los hechos en controversia apareje también la propuesta de medios de prueba y, por tanto, establecido cuál sea el perímetro de la incertidumbre (*qué hechos inciertos*) resuelva respecto del instrumental acreditatorio permitido y adecuado (*cómo conocerlos*).

Junto a este postulado preambular y sus repercusiones, otros dos postulados instauran el espacio liminar a toda la ulterior prosecución del decurso narrativo o *diégesis*:

- a) *Del relato de los hechos lo que cuenta* (lo valioso del relato de los hechos) *no es quién cuenta lo contado, sino lo contado por cada quien, y*
- b) *Del relato de los hechos conocemos aquello que nos cuentan que viene a cuento.*

El primero de estos postulados instaura la no discriminación “por el sujeto que cuenta” sino “por lo que cuenta el sujeto”. Ello significa que la controversia fáctica que presentan los relatos de los hechos se inaugura sin conceder prevalencia a la forma activa o pasiva en que las partes, incluido el Ministerio Fiscal en el ejercicio de la acción pública, hayan concretado su posición o *status* procesal. La controversia fáctica, por tanto, abre en un panorama procesal donde las *afirmaciones* realizadas por las partes procesales involucradas que relatan los hechos de modo antagónico, son, además de así equicontendientes, también equidistantes. Esta consecuencia opera tanto cuando la relación jurídico-procesal adversaria se ha constituido en la manera más habitual —demandante/reconvenido *vs.* demandado/reconviniendo, acusación *vs.* defensa— como también a presencia de situaciones procesales singulares, de función narrativa homodiegética, como pueda ser la relativa al relato de hechos del coimputado, pues las afirmaciones de éste no presentan más excepcionalidad narrativa en torno a los hechos relatados que la de cualquiera otro en su misma posición o *status* procesal (coprocesado). Extraer una diferente conclusión vulneraría conocidos principios y garantías-derechos genéricos y consustanciales al proceso

los que, en consecuencia, pueden también ser explicados desde un enfoque narrativista (derecho a la presunción de inocencia y de preservación del derecho a un proceso justo, derecho de igualdad y tenencia de un proceso público con todos los medios de prueba previstos por la ley, garantía de la no incriminación o derecho del inculcado de introducir al proceso la información que considere conveniente, etc.). La diferencia en el caso del relato del coimputado respecto de otro contador de hechos no reside en adoptar una estructura de relato distinta, sino que se sitúa en el diferente momento (procesal) en que cuenta acerca de los hechos. En cuanto al segundo postulado, su proposición puede ser desentrañada en un doble sentido. Porque, en efecto, *lo que se cuenta* se soporta en *lo que viene a cuento*, y de ello se implica tanto *concentración de importancia* como *selección de interés*, con evidente incidencia por consiguiente sobre la estructura y organización del relato de los hechos.

Así, *lo que se cuenta que viene a cuento* bien podría acomodarse en el criterio reductor de la complejidad fáctica mostrando ahora el definido perfil de *facilitación y simplificación* de los hechos mediante *estructuración narrativa de los sucesos que importan*.

Permítaseme recuperar la idea en un párrafo borgeano:

“La postulación clásica de la realidad puede asumir tres modos, muy diversamente accesibles.

El de trato más fácil consiste en una notificación general de los hechos que importan”.

J. L. Borges, *La postulación de la realidad, Discusión* (1932).

El relato de los hechos, pues, como notificación general de los hechos que importan; esto es, *facilitación y simplificación* de los hechos mediante *estructuración narrativa de los sucesos que importan*. Quiere decirse que el relato se alejará del propósito representativo del suceso (mayor o menor mimetismo), sacrificando también muy seguramente la pretensión de ofrecer “una historia bellamente contada” frente a procurar “una buena historia”, y todo a fin de cumplir con un objetivo primordialmente predicativo: afirmar un acacer. Contar los hechos no será ofrecer su representación. Contar los hechos será narrar en relato la *afirmación de su ocurrencia*.

Adeudo nuevamente en el mencionado texto de Borges, además con declarada codicia de su recitación, la idea y manera de tal narrativa:

"Los ricos hechos a cuya póstuma alusión nos convida, importaron cargadas experiencias, percepciones, reacciones; éstas pueden inferirse de su relato, pero no están en él.

Dicho con mejor precisión: no escribe los primeros contactos de la realidad, sino su elaboración final en concepto"

J. L. Borges, La postulación de la realidad, *Discusión* (1932).

Esta *estructuración narrativa de los sucesos que importan* funciona en la composición y conexión discursiva del relato mediante progresos y enlaces:

- Composición discursiva

"La lección más crucial de composición, a saber, que lo que hace que una narración sea buena no es la historia en sí misma, sino qué sigue a qué en una historia",
Joseph Brodsky, *Watermark* (1992).

- Conexión discursiva

"Explicar (o juzgar) un hecho es unirlo a otro"
J. L. Borges, Tlön, Uqbar, Orbis tertius, *Ficciones* (1944).

A esa disposición lineal —de un principio hacia un final— y causal —de un antecedente a un consecuente, o a la inversa— (además manifiestamente privilegiada en la perspectiva occidental acerca de lo que se entiende por narración), es a lo que llamo *consistencia narrativa*. La consistencia narrativa, pues, como disposición organizativa de la historia sustentada en la prolongación en continuidad y en la vigencia de la causalidad del suceso durante el decurso de su relato. Expresado de otro modo, la consistencia narrativa se sujeta a la exposición secuencial y a la lógica conexiva del encadenamiento.

"-Intente contármelo con lógica —le rogó Firmino—, sobre todo la sucesión de los hechos, tenga en cuenta que yo no sé absolutamente nada, si no, no podré entenderlo [...]
Por favor —repitió Firmino—, con lógica, intente contármelo con lógica"

Antonio Tabucchi, *La testa perduta di Damasceno Monteiro* (1997).

La exposición secuencial en la *estructuración narrativa de los sucesos que importan* se vincula fundamentalmente al patrón temporal; el tiempo avanza (o retrocede) según fueron sucediendo los hechos (de un antes a un después, o al contrario). Su lógica es ordinal. La lógica conexiva de encadenamiento puede sin embargo ser también cardinal; es decir, no ha de seguir siempre un *ordo naturalis*, sino que le es posible decidir cualquier otro orden (*ordo artificialis*), montando (*ars inventa disponendi*) la estructura narrativa causal de los sucesos como *mejor venga a cuento*³⁸ para narrar en relato la *afirmación de su ocurrencia*. En todo caso, cuando el orden de la exposición secuencial y el orden de la lógica conexiva del encadenamiento no sean coincidentes la consistencia narrativa deberá trasladar el orden temporal de la consecución al orden lógico de la consecuencia.

En cuanto a la conexión discursiva, los impulsores que dinamizan el relato de los hechos haciéndolo discurrir (*avanzar*, o también *retroceder*, caso del relato de los hechos disipados o meramente indiciarios) para *dar cuenta* de su ocurrencia funcionan mediante interrogaciones dirigidas a la propia discursividad. Inquieren sobre lo que ha de contarse en la *estructuración narrativa de los sucesos* como notificación general de los hechos que importan. Tales interrogaciones discurren en un *index* tópico y retórico acerca de los hechos *que vienen a cuento*. El tópico

38. Quintiliano, *Institutio oratoria*, IV, 2, 83-84: "Pues yo tampoco me sumo a aquellos que consideran que siempre hay que narrar en el orden en el que algo haya sido hecho, sino que prefiero narrar en el modo que conviene. Lo cual puede hacerse de muchas formas. Pues algunas veces simulamos que hemos olvidado cuando dejamos algo para un lugar más útil, y a veces declaramos que vamos a restituir el orden que falta porque así la causa va a ser más clara, a veces subordinamos al asunto expuesto las causas que lo precedieron".

cuenta y da cuenta de la circunstancia y los actantes³⁹ de la historia, el retórico de qué aspectos considera el narrador fundamentales y su razón. El modelo de unos y otros aprovecha del hexámetro interrogativo de Quintiliano (*Quis, quid, ubi, quibus auxiliis, cur, quomodo, quando*; quién, qué, dónde, con qué medios, por qué, de qué modo, cuándo)⁴⁰. Su influjo sobre *estructuración narrativa de los sucesos* determina que el relato presente un desarrollo descriptivo o evaluativo de lo *que viene a cuento*. Estas interrogaciones tópicas o retóricas articulan la narratividad en dos trayectorias implicantes, horizontal las tópicas, vertical las retóricas, construyendo (*inventando*) subestructuras narrativas identificables, respectivamente, como *fábula, historia externa o aventura*, donde el relato *cuenta y da cuenta de la acción de los hechos*, y *trama, intrahistoria o intriga*, donde el relato *cuenta y da cuenta de los hechos en acción*.

Pero, como anuncié más arriba, *conocer del relato de los hechos aquello que nos cuentan que viene a cuento* no sólo implica *concentración de importancia* sino también *selección de interés*. La diferencia es que

39. "Actante" entendido como el agente de la acción, paciente de la acción o beneficiario de la acción. Vid. "Actante" en Algirdas Julien Greimas- Joseph Courtés, *Sémiotique. Dictionnaire raisonné de la théorie du langage*, Classiques Hachette, Paris, 1979, pp. 3-5.

40. Quintiliano, *op. cit.*, V, 10. El modelo interrogativo de Quintiliano es en todo de *topoi o loci*. Su fortuna ha sido grande en la historia de la Retórica medieval, y modernamente es asumido en una fórmula de encadenamiento lineal en cinco preguntas (Quién —dice qué— por cuál canal —a quién— con qué efecto) por Harold D. Laswell, "Estructura y función de la comunicación en la sociedad", en Miquel de Moragas, *Sociología de la comunicación de masas*, Gustavo Gili, Barcelona, 1979, pp. 158-171. Su ejemplaridad en el discurso narrativo de los hechos en Derecho judicial es indudable; así, para el modelo de "juicio de hechos" en el relato de hechos probados de la sentencia, e igualmente en la praxis de la indagatoria donde el juez instructor interroga *prima operis fundamenta litis* sobre los hechos materia de averiguación (*summaria cognitio*) y que luego refleja en el apartado de Hechos contenido en el Auto de transformación en Procedimiento Abreviado o en Sumario del Procedimiento Ordinario. A mi juicio las interrogaciones propuestas deberían ampliarse a "para qué" y "para quién", si bien es cierto que su respuesta puede hallarse integrada en la del "por qué", o inferirse de ésta (del mismo modo que el "a quién" o actante paciente de la acción puede desprenderse del "qué" de la acción). Responder a "para quién" resuelve concretamente conocer el actante beneficiario de la acción.

mientras en la concentración de importancia la *dispositio* de los hechos en la estructura y organización narrativa de su relato subraya o remarca discurso, en la selección de interés se borra o suprime discurso. Para ello puede existir un propósito abiertamente declarado: evitar las digresiones. No obstante, pueden especularse otros, de naturaleza subrepticia y hasta quizás profunda y oculta. Los estudios, muy escasos, que se han ocupado de esta conducta narrativa, a la que han denominado *desnarración (disnarrated)*⁴¹, aplican su análisis sobre la narración homodiegética, donde el narrador hace deliberada *omisión de lo no interesante* y expresa los motivos para no narrar ciertos hechos. Resulta así una tipología de autocensura que recoge tres variantes. Lo *innarrable* como el no contar ciertos hechos sin que ello signifique que no sean parte de la historia, pero desdeñándolos por su trivialidad (hechos tediosos u obvios) o tabú (relacionados con actividad sexual, excreción, etc.); lo *innarrado* como eludido, advirtiendo abiertamente el no contar ciertos hechos y razonando el porqué, en general por su privacidad (hechos de la vida privada); y, lo *desnarrado* como el no contar ciertos hechos que aunque podrían contarse no se cuentan porque *no vienen a cuento*, o sea, funcionando como una digresión truncada.

Pues bien, entiendo que si es cierto que en la controversia fáctica quienes *intervienen* como asistencias técnico-jurídicas son narradores *heterodiegéticos* no es imposible que al "traducir" éstos el relato de sus patrocinados (narradores homodiegéticos) adopten una estructuración y organización narrativa de *desnarración* que dificulte e incluso estorbe *qué y cómo conocemos acerca de los hechos en litigio*. Por supuesto, no me refiero ingenuamente a la preselección de lo interesante o no superfluo derivada de lo que se percibe, se atiende y finalmente se fija en la conciencia, comportamiento cognoscitivo que actúa de forma instantánea e inevitable originando una simplificación conceptual, sino de aprovechar que el relato de los hechos produce *su elaboración final en concepto* como ocasión para omisiones o supresiones so pretexto de *no venir a cuento*.

41. Que conozca únicamente el de Gerald Prince, "The Disnarrated", en *Style*, 22. 1, 1988, pp. 1-8. Algunas referencias a la elipsis como "no-narración" también en Gérard Genette, *Figuras III*, cit.

El asunto narrativo “criminal” del relato de hechos no tolera lo *innarrable*, y a veces tampoco el “civil”. Lo *innarrado* es admisible en ciertos relatos (“criminales” o “civiles”), con excepción de aquellos que versen sobre hechos litigiosos afectantes al honor, la intimidad o la imagen personal o familiar. En cuanto a lo *desnarrado*, por ejemplo para relatos sobre hechos contenciosos en separaciones matrimoniales o divorcios se dispensa no contar ciertos hechos que aunque podrían contarse no se cuentan porque *no vienen a cuento*, dado que la vigencia de la causalidad del suceso (acontecimiento de crisis en la relación marital) no precisa para que el relato sea narrativamente consistente contar sobre causa (culpa) de la desavenencia y la *desafectio* conyugal. Pero el problema de la influencia de la *desnarración* no se agota en estas puntualizaciones. Porque *viene a cuento* si desbastar o refinar los hechos para organizar no sólo “una historia bellamente contada” sino una “buena historia” *viene o no a cuento*. En definitiva, ¿existe alguna regla de *usus fori* entre las que interactúan la construcción social del proceso que discipline qué se debería narrar o desnarrar para ser *tomado en cuenta* (por el juez, o por el jurado)? Deberíamos tomar conciencia de que meditar sobre ello puede resultar algo de importancia no baladí a la hora de responder a *qué y cómo conocemos acerca de los hechos en litigio*.

Con todo, resta aún por encarar —tal vez a no demasiada distancia de lo anterior— la exigencia de que el relato de los hechos, además de narrativamente consistente, aparezca asimismo como *coherente*. La idea que manejo de coherencia también tiene que ver con la *estructuración narrativa de los hechos que importan*. Así, la *coherencia narrativa* relaciona en primer lugar con la dinámica narrativa que el relato genera en su decurso. Los *hechos que importan* ganan sentido, adquieren significado y construyen su coherencia en el discurrir de la narración que es su relato. Esta es la manera en que, a mi criterio⁴², la

42. Que, entre otros, acogen Giuseppe Zaccaria, “Dimensioni dell’ermeneutica e interpretazione giuridica”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, LXXII, 2, 1995, pp. 381-382 y 384, y *Questioni di interpretazione*, Cedam, Padova, 1996, pp. 81 y 83, o Baldassare Pastore, *Giudizio, Prova, Ragione Pratica. Un approccio ermeneutico*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 61, 200 y 217.

consistencia narrativa relaciona con la coherencia narrativa. Pero se trataría hasta aquí de una relación formal y alimentada desde el interior del relato, que siendo necesaria para producir plausibilidad de la historia⁴³, no es del todo suficiente. Sin abandonar el punto de vista de la *discursividad narrativa*⁴⁴, me parece que la pertinente necesidad de testear *el relato de los hechos que importan* a través de su coherencia narrativa debe ir más allá de testear la estabilidad de su desenvolvimiento como exposición secuencial y lógica conexiva de encadenamientos. Sin abandonar el punto de vista narrativo, lo que produce coherencia narrativa es a mi entender que las concretas relaciones de continuidad y causalidad que en cada caso organizan el relato de hechos sean capaces de engancharse a una articulación narrativa abstracta⁴⁵. Y esa ligazón y ajuste consiste, a mi juicio, en el *correlato* de la experiencia concretamente narrada con la narrativa abstracta de la experiencia sobre hechos normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes. Cuando contar los hechos es narrar en relato la *afirmación de su ocurrencia*, esa afirmación es narrativamente coherente si, en último análisis, es aceptable como ocurrencia abstracta en la agenda experiencial culturalmente condicionada de una determinada sociedad y época. La presencia o ausencia de coherencia narrativa es el encuentro o desencuentro con el espacio de imaginario social que en cada tiempo y lugar *otorga sentido* a la historia de nuestra experiencia de los hechos.

43. “Comprender la historia es comprender cómo y por qué los sucesivos episodios han llegado a conclusión, la cual, lejos de ser previsible, debe ser, en último análisis, aceptable, como congruente con los episodios reunidos”, Paul Ricoeur, *Tiempo y narración*, trad. de A. Neira Calvo, Cristiandad, Madrid, 1987, vol. I. (Configuración del tiempo en el relato histórico), p. 138.

44. Jorge Lozano, *El discurso narrativo*, Alianza, Madrid, 1987, p. 117: “Sólo la narración puede, en última instancia, dar *sentido* a los acontecimientos”.

45. Remito desde aquí al sugestivo planteamiento de Willem A. Wagenaar —Peter J. van Koppen— Hans F.M. Crombag, *Anchored narratives. The psychology of criminal evidence*, St. Martin’s Press, New York, 1993.

5. Controversia fáctica y convención narrativa

"Los mitos exigen aceptación absoluta; las ficciones aceptación condicional..."

Frank Kermode, *The Sense of an Ending. Studies in the Theory of Fiction* (1967).

Si contar los hechos es narrar en relato la *afirmación de su ocurrencia*, queda todavía por plantear, ahora ya como otro y último paso de tuerca, una cuestión que afecta al análisis que sobre la controversia fáctica vengo desarrollando como contribución al estudio de la *quaestio facti* desde un enfoque narrativista del Derecho. Y le concierne porque para responder a *qué y cómo conocemos acerca de los hechos en litigio* cumple averiguar cuál sea el estatuto narrativo de las *afirmaciones sobre los hechos*.

A ese respecto sabemos que el contenido fáctico de tales afirmaciones se integra de *hechos inciertos (hechos difíciles)* cuya ocurrencia sea conjeturalmente probable, es decir, que *prima facie* no aparezcan como imposibles de probar según el ramo de medios de prueba propuesto. Esa figuración probatoria se materializará o no (confirmación o refutación) una vez se abra la práctica de la prueba, donde su resultado y valoración de rendimiento *dará medida de la eliminación* del dilema de incertidumbre (*penumbral facts*) en el juicio (*iudicium facti*) que al relatar definitivamente los hechos resuelve sobre su ocurrencia⁴⁶. Pero estas fases se encuentran aún del todo diferidas al momento en que lo que existe es exclusivamente *desacuerdo narrativo* sobre la ocurrencia histórica de los hechos. Y esta es la razón por la que no debería distraerse el esfuerzo en profundizar una reflexión acerca del régimen y género

46. El grado de eliminación del dilema de incertidumbre puede variar. Ciertamente el *iudicium facti* puede dirimir definitivamente sobre su ocurrencia sin despejar la incertidumbre, porque decidiendo que los hechos continúan dudosos establezca el *estado de duda fáctica*. Llama la atención sin embargo que en el orden penal éste se traduzca en devolución a la "*presunción de inocencia*" desde el conocido apotegma *in dubio pro reo*, mientras que en el civil devuelva, por *desestimación* de "las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos" (art. 217.1 LECv), al *estado de inocencia* previo a la litis.

de las narraciones cuyo relato es esa contenciosa *afirmación de su ocurrencia*.

Nos hallamos según señalé, y conviene recordarlo, en un estado procesal de oposición, de contrariedad, que es de debate, e incluso de disputa genuina, *sobre los hechos afirmados* pero cuya base de desacuerdo discursivo es de índole *únicamente narrativa*. Podría decirse, por tanto, que importa sobre todo el acto de narrar, esto es, de contar los hechos que se afirman ocurridos. Entonces, el mismo acto de narrar acaba erigiéndose en materia narrativa y así la situación de contar es *ficcional* no por lo que se dice (*se cuenta*) de los hechos, sino por cómo se dice (*se cuenta*) de ellos.

Esta dimensión de *ficcionalidad* que desde el enfoque narrativista del Derecho se revela en la controversia fáctica ofrece un campo de reflexión sumamente atractivo, con capacidad para ampliar su horizonte; por ejemplo, hacia la fuerza ilocutiva (aserción) del acto de habla que afirma determinada ocurrencia y el concepto de "pretensión" de Searle⁴⁷. La que aquí proyecto explorar, aunque sólo en tanteo, se circunscribe a la pragmática narrativa interna⁴⁸, o sea, al procedimiento de relación de los narradores con las historias narradas, y con el destinatario de las mismas, pues esto último nos descubrirá también el rol que frente a ellas corresponde al juez (o jurado) como narratario.

En ese propósito, mi experiencia y observación crítica de la praxis judicial en torno a la controversia fáctica me muestra que los narradores (partes procesales) relatan *como si* los hechos hubieran ocurrido en la forma en que los cuentan. Este es el *a priori* de su discurso narrativo, y

47. Vid. John R. Searle, "The Logical Status of Fictional Discourse", en *New Literary History* 6.2 (1975): 319-332 [también en John R. Searle, *Expression and Meaning: Studies in the Theory of Speech Acts*, Cambridge University Press, Cambridge, 1979, pp. 58-75], y *Actos de habla* (1969), trad. de L. M. Valdés Villanueva, Cátedra, Madrid, 1986. Asimismo Juan O. Cofré, "La paradoja de la narración: de los actos de habla a los actos de conciencia", en *Revista de Filosofía* (Universidad Complutense de Madrid), vol. IV (1991), núm. 6, pp. 311-333.

48. Vid. "Pragmática narrativa" en Carlos Reis-Ana Cristina M. Lopes, *Diccionario de Narratología*, trad. de A. Marcos de Dios, Colegio de España, Salamanca, 1997, pp. 205-207.

procede estableciendo una relación *ficcional* similar a la del imperativo categórico kantiano (“Obra *como si* la máxima de tu acción pudiera ser erigida, por tu voluntad, ley universal de la naturaleza”), o análoga a la *ficción* del “velo de ignorancia” propuesta por Rawls en su *Teoría de la justicia*.

Siendo así, el enfoque narrativista de la controversia fáctica des- tapa y pone a la vista de los juristas un deslumbrante filón de posi- bilidades reflexivas entre la teoría de las ficciones narrativas (literarias) y la teoría de las ficciones en Derecho, que sólo con señaladas excepciones ha sido explotado⁴⁹. Entre las posibles una apuntaría con vehemencia hacia las implicaciones Derecho y Literatura desde una intersección novedosa: Derecho *con* Literatura.

En cualquier caso, para el asunto que aquí es ocasión la idea fundamentalmente recuperable, también aprovechando en parte el ficcionalismo neokantiano del *Als-Ob*⁵⁰, es que la ficción funciona para con los hechos como una plantilla de recortable que admite una afirmación de ocurrencia y también su alternativa, e intercambio, pues comoquiera que no aún sabemos positivamente (probadamente) que los hechos no hayan ocurrido como una u otra parte los cuenta, hemos de tomar los hechos afirmados en sus respectivos relatos *como si* hubieran ocurrido. Es decir, el constructo ficcional del *como si* es por tanto la

49. Enrique E. Marí, “La Teoría de las Ficciones en Jeremy Bentham”, en Enrique E. Marí et al., *Derecho y Psicoanálisis. Teoría de las ficciones y función dogmática*, Hachette, Buenos Aires, 1987, “Robert Musil y la crisis del Reino de Kakanía” (1995) y “Las ficciones de legitimación en el derecho y la política: de la sociedad medieval a la sociedad contractual”, en Enrique E. Marí, *Papeles de filosofía II*, Biblos, Buenos Aires, 1996, pp. 65-89 y 291-318 respec., y *La teoría de las ficciones*, Eudeba, Buenos Aires, 2002.

50. Vid. Hans Vaihinger, *Die Philosophie des Als-Ob: System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus*, Felix Meiner Verlag, Leipzig, 1922, p. 19 [1ª ed. 1920], y Jesús Ignacio Martínez García, *La imaginación jurídica*, Edit. Debate, Madrid, 1992, pp. 95 y ss. Asimismo, Leonel Ribeiro dos Santos, “Hans Vaihinger: o Kantismo como um Ficcionalismo?”, en Leonel Ribeiro dos Santos et al. (Coord.), *Kant: Posteridade e Atualidade*. Colóquio Internacional, Lisboa, Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, 2007, pp. 515-536.

convención narrativa mediante la cual los narradores se relacionan con la historia de los hechos, con el relato de su ocurrencia histórica. Argüir categorías de verdad o falsedad en absoluto sería operativo, porque en la pragmática de la ficción narrativa lo que se produce es el efecto de una *ilusión fáctica* de afirmaciones no sólo bivalentes y paralelas, sino equivalentes y sincrónicas.

Como es natural, el destinatario de este efecto de *ilusión fáctica* es el juez (o el jurado), que en su posición de imparcialidad ha de asumir que la controversia acerca de la ocurrencia histórica de los hechos se plantee con ese estatuto. El juzgador, por tanto, se instruye del *qué* de los hechos y el *cómo* conocer de ellos aceptando una convención narrativa que es caracterizadamente ficcional.

Por supuesto, es obvio que tal efecto no es permanente, que condicionalmente no durará mucho más allá de la fase probatoria (juicio de certeza) y que desaparece por completo al emitir el juicio de “verdad” que decide acerca de los hechos y es también capaz de “colocarse por encima”⁵¹ de la polémica narrativa partisana. En él se zanja la contro- versia fáctica sobre la base de una elección asimétrica, dispar y heterogénea, que es de suyo ya un juicio *paranarrativo*, pero sin que esto signifique que esa verdad de los hechos (*veredictum*) sea enteramente *postficcional*, sino más bien *metaficcional*, y que por tanto se trata siempre una “verdad” ensimismada en la ficción.

Por lo demás, todos hemos tenido oportunidad alguna vez para cerciorarnos de que no existen ficciones inocuas.

51. Vid. Jerome Bruner, *La fábrica de historias. Derecho, literatura, vida*, trad. de L. Padilla López, FCE de Argentina, Buenos Aires, 2003, p. 60. Su efecto es que la contienda no rebase los límites del proceso y reabra o desencadene un ciclo de venganzas entre las partes en pugna.