La Sentencia Civil como Medio de Prueba *

SUMARIO

1. Planteamiento del problema: eficacia probatoria de los juicios de hecho enunciados en las premisas de una sentencia.—2. La sentencia como documento.—3. La sentencia como “prueba escrita” en el procedimiento monitorio; valor probatorio de la sentencia extranjera a la que no se ha otorgado el *exequátur*.—4. La sentencia como documento de los actos procesales.—5. La llamada eficacia “probatoria” de la sentencia, como eficacia refleja de la cosa juzgada.—6. Solución afirmativa dada por la jurisprudencia al problema planteado en el número 1; casuística.—7. Razones en favor de esta solución.—8. Crítica: la solución no deriva de los principios de la cosa juzgada.—9. La solución bajo el aspecto probatorio: a) Carácter relativo de los juicios de hecho contenidos en la sentencia civil.—10. b) La eficacia probatoria de la sentencia como presunción.—11. Razones contrarias derivadas del artículo 361 del Código de Procedimiento Civil.—12. Observaciones sobre el artículo 28 del Código de Procedimiento Penal.—13. Conclusión.

1. ¿Puede la sentencia *civil* servir como prueba documental *de los hechos* que se hallan afirmados en las premisas de su motivación?

Conviene, ante todo, plantear este problema en sus términos precisos (que, como se verá, son muy limitados), ya que de eficacia *probatoria* de la sentencia se ha hablado en otra ocasión, a propósito de la teoría de los límites subjetivos de la cosa juzgada, en un significado

* Traducido de la *Revista di Diritto Processuale Civile*, vol. XV, primera parte, 1938, pp. 108 y ss., por M. ROMERO SANCHEZ y J. LOPEZ DE LA CERDA.

mucho menos específico de aquel sobre el cual quiero mantener limitada esta investigación (v. adelante número 5).

Cuando se habla aquí de sentencia como “medio de prueba”, se entiende usar la palabra *prueba* en el sentido técnicamente propio y restringido en que se usa tradicionalmente en el proceso de conocimiento; es decir, como prueba *de los hechos*. El problema aquí planteado surge, pues, en cuanto nos encontramos frente a una sentencia *motivada*, en la que además de la parte resolutive, deben indicarse “los motivos *de hecho* y *de derecho*” (artículo 360, frac. vi del Código de Procedimiento Civil) y exponerse por separado las “*cuestiones de hecho* de las cuestiones de derecho” (artículo 265 del Reglamento General Judicial). La obligación de la motivación, como es sabido, impone al juez recapitular en su sentencia —antes de formular en la parte resolutive el mandato en que se concentra la fuerza vital de la decisión—, el *iter* lógico que ha debido seguir para llegar a la conclusión; y cuando en las etapas intermedias de este camino lógico debe resolver cuestiones *de hecho*, los juicios que enuncia en relación con las mismas tienen el valor de *juicios históricos sobre circunstancias concretas*, que de este modo quedan documentados en la sentencia.

Se trata ahora de ver si estos juicios históricos sobre hechos concretos (cuya enunciación es querida por la ley con el único fin meramente instrumental de justificar la resolución a que sirven de premisas) pueden ser separados del razonamiento en que se hallan insertos, y utilizados en sí mismos, únicamente por su valor de juicios históricos, en un proceso distinto (entre las mismas partes, o también, eventualmente, entre partes diversas), en que se vuelva a discutir sobre la verdad de los mismos hechos a que tales juicios se refieren.

Como es fácil comprender, este problema no podría presentarse en un sistema judicial en que las sentencias *no fuesen motivadas*; si los motivos de hecho y de derecho que han guiado al juez hasta la parte resolutive, estuviesen destinados a permanecer en el secreto de su conciencia, sin aflorar públicamente en su resolución, la posibilidad de utilizar fuera del proceso las conclusiones intermedias, que constituyen otros tantos puntos firmes de su razonamiento, ni siquiera se discutiría. Pero la obligación de la motivación, al exigir que la resolución vaya acompañada oficialmente de sus premisas lógicas, aumenta con la publicidad el prestigio de éstas, y al reflejar sobre ellas algo de la autoridad oficial que sólo debería ser propia de la parte resolutive, corre el riesgo de hacerlas aparecer como otras tantas expresiones de una ver-

dad de Estado, sobre las cuales no se podría volver a discutir ni aun en otros procesos, sin faltar al respeto al juez que las ha formulado.

2. Esta eventual eficacia probatoria de los juicios de hecho enunciados en la motivación de una sentencia, nada tiene que ver con el carácter de *prueba de la resolución jurisdiccional* que la sentencia puede tener cuando se considere, no como acto, sino como documento. La doctrina ha puesto de relieve con exactitud, que la palabra sentencia puede significar dos cosas completamente distintas: puede significar el acto del juez, la declaración autoritaria en que se desarrolla su función, en suma, la resolución jurisdiccional que es concebible independientemente de su redacción por escrito; y puede significar la escritura, el *documento* en que consta la resolución, o como eficazmente se dice, en que está *representada*. La sentencia entendida en esta segunda acepción, como representación escrita de una resolución del juez, puede considerarse, pues, como una *prueba documental* de tal resolución. Pero este aspecto probatorio de la sentencia, sobre el que particularmente ha insistido CARNELUTTI para sostener su conocida concepción del título ejecutivo (que ha estudiado en su *Sistema*,¹ precisamente en el Capítulo “*De las pruebas*”), no es el que aquí nos interesa; la sentencia, como documento, prueba la existencia de la resolución jurisdiccional y, por tanto, de las distintas partes que la componen, entre las cuales está también la motivación con la serie de juicios de hecho y de derecho que la misma contiene; sino que se trata de ver si estos juicios de hecho, cuya formulación está documentada en la sentencia entendida como escritura, tienen, a su vez, una eficacia probatoria (en el sentido de *atendibilidad*) fuera del proceso en que ha sido pronunciada la sentencia que, como resolución, los contiene, y, como documento, los representa.

Entendida como prueba documental de la resolución del juez, la sentencia puede ser considerada bajo los aspectos probatorios que son propios del documento público; y cuando el original se pierda o destruya, el problema de su reposición (reposición del documento destinado a probar la resolución, permanece en vigor no obstante la destrucción de la escritura que lo representaba), se deberá afrontar con criterios análogos a los que la ley establece para la reposición de los instrumentos públicos.²

1 *Sistema*, I, núms. 279 y ss., especialmente núms. 326 y ss.

2 Cfr. LESSONA, *Prove*, IV, núm. 150, p. 197; cfr. artículos 162 y 163 del Código de Procedimiento Penal.

3. Bajo el aspecto de documento representativo de la resolución, la sentencia prueba su existencia; pero no modifica ni aumenta su eficacia; la resolución es el hecho (en sentido lato) del que la sentencia es la prueba; pero cuáles sean los efectos jurídicos de este hecho, es una cuestión que nada tiene que ver con la eficacia probatoria de la sentencia considerada como documento.

Esta observación debe tenerse presente cuando se afirma que en el procedimiento monitorio la "prueba escrita" de que debe estar provisto el acreedor (artículo 1º del Real Decreto de 7 de agosto de 1936, núm. 1531), puede excepcionalmente consistir en una sentencia de mera certeza del crédito, que no constituye en sí misma título ejecutivo.³ Aquí la expresión "prueba escrita" se usa para la sentencia en sentido diverso de aquel en que en este mismo procedimiento, se usa tal expresión para los otros documentos probatorios; en tanto que para éstos la "prueba escrita" que es condición de tal procedimiento, tiene por objeto *los hechos constitutivos del crédito*, la sentencia de mera certeza, que excepcionalmente se haga valer como prueba escrita, es considerada en materia monitoria, no por la eficacia *probatoria* de los juicios de hecho contenidos en las premisas, sino por la eficacia *decisoria* que tiene su conclusión, que contiene una declaración de la relación jurídica, que vale en sí, como cosa juzgada, *sin necesidad de remontarse a sus premisas históricas*. Cuando el juicio monitorio se instaura con base en una escritura privada, prueba escrita del crédito quiere decir, *representación escrita de los hechos constitutivos del crédito*; cuando excepcionalmente se inicia con base en una sentencia de mera certeza, prueba escrita del crédito quiere decir, *representación escrita de la resolución jurisdiccional que declara el crédito*.

Quien tenga presente esta diferencia, comprenderá cómo a mi modo de ver, una sentencia extranjera que carece de *exequatur* no puede hacerse valer en Italia ni aún para los efectos del procedimiento monitorio como "prueba escrita", en el sentido ya indicado, del crédito declarado en la misma.⁴ En realidad, el valor meramente representativo de la sentencia como documento, no puede dar a la declaración extranjera mayor

3 Cfr. mi volumen **II procedimiento monitorio nella legislazione italiana**, p. 80; y actualmente, PERETTI GRIVA, **II proc. per ingiunzione** (Turín, 1928), p. 55.

4 En este sentido Ap. Milán, 15 de mayo de 1929, con nota de LIPARI, en **Riv. dir. prov. civ.**, 1929, II, p. 182; MORELLI, *ibidem*, p. 194; BOSCO, en **Riv. dir. int.**, 1930, p. 244; cfr., actualmente, PERETTI GRIVA, *op. cit.*, p. 85.

eficacia jurídica que la que en sí misma tenga; y si se afirma que la resolución representada en la escritura no tiene en Italia ningún valor jurídico antes del *exequátur*, toda la eficacia probatoria de la sentencia se reducirá, en Italia, a documentar la existencia de una resolución que no tiene para nosotros, antes del *exequátur* ninguna relevancia jurídica; es decir, se reducirá a documentar, en substancia, ¡la existencia de la nada jurídica!

Distinta sería la cuestión si ante los jueces italianos (en el proceso ordinario o en el monitorio) la sentencia extranjera se invocara no como prueba escrita de la declaración (contenida en su conclusión), sino como prueba escrita de los hechos referidos y valorados en sus premisas;⁵ pero en tal caso, el problema de la eficacia probatoria de las premisas de hecho enunciadas en la sentencia extranjera, encajaría en el problema más vasto que puede plantearse, en general, también para las sentencias italianas (cfr. adelante número 7 y ss.).

4. Siempre desde el punto de vista de documento representativo de actividad realizada en el proceso, la sentencia puede considerarse, además de como prueba de la resolución con que el proceso concluye, como prueba de los hechos particulares pertenecientes al proceso en que tal resolución se ha pronunciado; la sentencia no solamente documenta la resolución del juez, sino que narra, es decir, representa los actos y los hechos procesales desarrollados ante el mismo juez, para preparar la resolución; se trata de “hechos realizados en la presencia” del juez en el mismo sentido o con la misma eficacia probatoria de que habla el artículo 1317 del Código Civil, de los actos realizados en presencia del notario, de los que el instrumento público hace fe plena.

Pero el problema que nos planteamos aquí tiene un objeto completamente distinto: no se refiere a la eficacia probatoria que la sentencia puede tener como representación documental de los hechos *procesales*, a través de los cuales se ha desarrollado, con la presencia o con la participación activa del juez, el procedimiento de que el propio juez era sujeto operante, sino se refiere a la atendibilidad y transferibilidad a otros procesos, de los juicios de verdad pronunciados por el juez sobre los hechos de la relación substancial controvertida, que se han desarrollado antes y fuera del proceso y que en éste constituían

5 MORELLI, *trabajo citado*, núm. 3; BOSCO, *trabajo citado*, núm. 4; MORTARA, *Comm.*, V. núm. 30.

para el juzgador el *thema probandum* de su actividad historiográfica. La sentencia puede considerarse también como prueba documental de estos juicios históricos concernientes a hechos particulares de la relación controvertida, en cuanto los representa y con esto, atesta que es verdad que los mismos han sido enunciados en tal forma en la fase decisoria del proceso (bajo este punto de vista también estos juicios pueden considerarse como otros tantos actos procesales); pero aquí no se trata de considerar la sentencia como representación escrita de estos juicios (es decir, del hecho de que estos juicios hayan sido enunciados en aquella forma), sino se trata de ver cómo el contenido de estos juicios, de cuya enunciación es documento la sentencia, pueda apreciarse con fines probatorios en otros procesos en que se discuta la verdad histórica de los mismos hechos que ya han sido objeto de valoración probatoria por parte del primer juez.

5. En sentido menos propio y menos preciso, se ha hablado de eficacia *probatoria* de la sentencia, para indicar los efectos que comúnmente se denominan efectos *indirectos* o *reflejos* de la cosa juzgada.⁶ Como ejemplo típico de tal impropiedad terminológica puede citarse una sentencia del Tribunal de Apelación de Venecia de 9 de mayo de 1922, comentada por CARNELUTTI⁷ y que se refería al caso siguiente: *A* había vendido un inmueble a *B*, que a su vez lo había vendido a *C*; después de efectuada la segunda venta, *A* había obtenido contra *B* la anulación judicial de la primera, y valiéndose de esta sentencia, reivindicaba el inmueble contra *C*, causahabiente de *B*; pero *C*, demandado en el juicio de reivindicación, se excepciona diciendo que como tercero no era afectado por lo juzgado respecto de *A* y *B* sobre la nulidad del primer contrato. El Tribunal veneciano observó que la sentencia dictada respecto de *A* y *B* se hacía valer en el juicio de reivindicación intentado por *A* contra *C*, únicamente como “medio de prueba”: “La sentencia . . . no constituye aquí un título de adquisición de la propiedad reivindicada, sino que es presentada como MEDIO DE PRUEBA del derecho de propiedad, sin que surja como obstáculo jurídico la cosa juzgada, cuyos efectos se limitan a las partes que intervinieron en el juicio anterior. El actor se vale, con razón, de la sentencia para justificar el concurso del requisito indispensable para in-

6 Cfr. CARNELUTTI, *Sistema*, I, núm. 102.

7 En *Riv. dir. comm.*, 1922, II, pp. 473 y ss.

tentar la acción reivindicatoria, porque si el título tiene eficacia limitada entre las partes respecto de su autoridad de cosa juzgada, tiene eficacia *erga omnes por cuanto se refiere A SU VALOR DE PRUEBA.*"

También en la doctrina esta tendencia a distinguir la eficacia *probatoria* de la eficacia *decisoria* de la sentencia, y a buscar en el campo de la prueba la justificación teórica de ciertos efectos expansivos de la cosa juzgada, que parecerían sobrepasar las tradicionales y rigurosas barreras de la cosa juzgada, es frecuente, y puede hacerse remontar al derecho común;⁸ basta recordar que según algunos autores el "perjuicio" que legitima la oposición de tercero no sería más que un aspecto de la eficacia probatoria que la sentencia produciría también contra los terceros, y que haría surgir aún frente a ellos una *praesumptio iuris tantum* con la consiguiente inversión de la carga de la prueba a cargo del oponente.⁹ Pero también aquí, quien quiera permanecer en el campo de los agitados debates relativos a la eficacia de la cosa juzgada frente a terceros, no tarda en advertir que cuando en estos debates se trata de introducir distinciones basadas en conceptos relativos a la teoría de la prueba, estos conceptos se usan en un significado aproximado, cuando no francamente metafórico, que sirve más para confundir las ideas que para aclararlas. En realidad, cuando se discute qué repercusión jurídica puede tener la decisión de una relación controvertida sobre otras relaciones que no han sido objeto directo de la decisión, pero que están conectadas con lo decidido, por razones de derecho sustancial, no se pone con ello en duda la eficacia estrictamente probatoria (representativa) de la sentencia considerada como documento, sino se discute únicamente sobre los límites de la eficacia decisoria de la resolución representada. Ver en este caso una cuestión de prueba, significa caer en la misma impropiedad de quien calificase cuestión de prueba la relativa a los efectos substanciales que un contrato puede tener frente a terceros no contratantes, y normalmente documentado en una escritura de la que nadie ponga en duda la perfecta eficacia documental. Y además, si por regla general la prueba tiene por objeto los hechos y no las relaciones jurídicas, hablar en este caso de prueba

8 Cfr. precedentes en MENDELSSOHN-BARTHOLDY, *Grensen der Rechtskraft* (1900), § 15, pp. 38 a 41.

9 Cfr. LIPARI, *Caratteri e presupposti dell'opposizione di terzo*, en *Riv. dir. proc. civ.*, 1926, I, pp. 21 y ss. (especialmente pp. 53 a 57); en contra, ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, núm. 190.

sería inexacto también, por este otro concepto;¹⁰ puesto que esta eficacia llamada probatoria, que tendría la sentencia en perjuicio de terceros, sería inherente a la declaración del derecho contenida en la conclusión del silogismo judicial, y no a los juicios de hecho contenidos en las premisas, que es lo único de que nos ocupamos aquí.

6. Volvamos pues, escombrado así el campo de las peligrosas ambigüedades verbales, a nuestro problema concreto, el que, como se verá, probablemente se resolvería desde luego en sentido negativo, si la solución sólo debiera buscarse en la doctrina; por el contrario, la jurisprudencia judicial asume frente a él una postura particularmente amplia, que puede dar a estas notas un interés práctico, sosteniendo en torno a la cuestión un desacuerdo que, en el campo puramente doctrinal, no sería posible.

En efecto, con mucha frecuencia se observa que vuelve a florecer en la jurisprudencia la afirmación de que el juez puede libremente servir, entre los distintos elementos probatorios idóneos para formar su convicción sobre los hechos controvertidos, aun de los juicios sobre los mismos hechos, contenidos en una sentencia anteriormente dictada en un proceso diverso;¹¹ y tal afirmación —contenida en sentencias que por ser especiales se encuentran resumidas en las recopilaciones con la sola máxima—, se hace escuetamente, sin justificación de motivos, como si se tratase de un principio elemental sobre el que ni siquiera puede pensarse en discutir. Sería muy interesante poder analizar los

10 Cfr. ALLORIO, *op. cit.*, p. 313, nota 17.

11 Casación, 3ª Sección, 30 de noviembre de 1936, núm. 3241: "Aun operando la cosa juzgada solamente entre quienes fueron partes en el juicio, prohibiéndoles volver a poner a discusión en cualquier forma el objeto de la controversia decidida, esto no impide, sin embargo, que el magistrado pueda tomar de una sentencia irrevocable dictada, entre otras partes —como de cualquiera prueba documental—, materia de convicción para decidir una controversia distinta entre otras partes." (*Mass. Foro It.*, 1936, col. 658.) En el mismo sentido: 26 de enero de 1935, Sección 2ª, núm. 315 (en *Mass. Foro It.*, 1935, col. 69); 12 de junio de 1933, Sección 2ª, núm. 2171 (*Mass. Foro It.*, 1933, col. 435). Es difícil entender el alcance exacto del principio admitido por la 3ª Sección, de 9 de diciembre de 1933, al menos como está encabezado en *Sett. Cass.* de 1934, 67: "No pueden ser utilizados por el juez para fundar su convicción, hechos comprobados en otro juicio, entre otras personas, aunque tengan por objeto la misma cuestión. Sin embargo, puede una sentencia dictada entre otras partes, servir como elemento de convicción para el juez del conocimiento." (†)

distintos casos judiciales que han dado ocasión a la reafirmación de esta máxima, en cuya enunciación genérica puede ser que se encuentren enlazados y confundidos distintos principios que sólo podrían ser individualizados a través de una paciente investigación hecha caso por caso. Pero, puesto que las sentencias en que tal máxima se reafirma, están en gran parte inéditas en la motivación, me limitaré a recordar únicamente dos casos tomados de mi experiencia profesional, que bastarán para hacer comprender en qué vastos límites la práctica judicial está dispuesta a reconocer a los juicios de hecho contenidos en la motivación de las sentencias, una eficacia probatoria que va mucho más allá de los límites objetivos y subjetivos de la cosa juzgada.

El caso en que he podido seguir personalmente todas las vicisitudes judiciales, era el siguiente: a consecuencia de un accidente de trabajo ocurrido en una cantera administrada por *A*, que había asegurado a sus operarios regularmente en la Caja Nacional de Accidentes, la viuda de un operario que fué víctima del accidente, demanda a la Institución para obtener la debida indemnización; pero ésta se exceptiona oponiendo la nulidad del seguro, debido a que *A* no había sido el verdadero empresario, sino únicamente un prestanombre del verdadero empresario, indicado alternativamente por *B* o *C*. La Corte de Apelación (después de que el Tribunal había rechazado la excepción y condenado a la Institución) de oficio llama a juicio a *B* y a *C*, y, valorando las distintas circunstancias ya existentes en los autos concluye sin más, que el verdadero empresario de la cantera debía, de hecho, considerarse que era *B* (no *A* ni *C*), y en consecuencia, declara a *B* único responsable frente a los derecho-habientes por falta de seguro (artículo 31 del Texto Unico de 31 de enero de 1904, núm. 51), pero extinguida por prescripción la acción relativa (artículo 17 del mismo Texto Unico). La sentencia de la Corte pasa en autoridad de cosa juzgada; y la viuda que había visto rechazada por prescripción su demanda contra *B* basada en el artículo 31 antes citado, intenta contra él un nuevo juicio ejercitando la acción de resarcimiento de daños fundada en el artículo 1151 del Código Civil, bajo el aspecto del dolo. En este nuevo juicio *B* (que en el juicio anterior no había podido defenderse en forma adecuada, por haber sido llamado a juicio por primera vez en apelación), trata de demostrar con pruebas orales que el verdadero empresario de la cantera no era él, sino *A* o *C*; estas pruebas son declaradas inadmisibles tanto en primera como en segunda instancia, pero mientras en la sentencia del Tribunal el rechazo de las

pruebas es motivado por considerar que sobre la cuestión prejudicial de la individualización del verdadero empresario de la cantera, había intervenido en el juicio anterior una declaración incidental que tenía eficacia de cosa juzgada, la Corte¹² declara que los juicios de hecho contenidos en la anterior sentencia de apelación sobre las distintas circunstancias relativas a la explotación de la cantera, se debían considerar, sin necesidad de recurrir a la figura de la declaración incidental, “verdaderos y propios puntos controvertidos, decididos y transcritos en la parte resolutive de la sentencia, que tienen autoridad de cosa juzgada . . . De la irrevocabilidad de tal decisión emana una *verdad de hecho y de derecho* que se aduce en este juicio como fundamento de la acción”.

Así pues, de esta decisión parece poder desprenderse, este principio: que cuando en las consideraciones de una sentencia se encuentran enunciados juicios de hecho, relativos a las circunstancias concretas del proceso, estos juicios históricos deben, en virtud de la cosa juzgada, valer como “verdad de hecho y de derecho” en un nuevo proceso que se inicie *entre las mismas partes* sobre una causa distinta, en la que las mismas circunstancias sean relevantes de distintos fines jurídicos.

Pero la secuela judicial cuyo desarrollo he resumido anteriormente, tiene una continuación que muestra una posterior ampliación de este principio. En efecto, posteriormente otro operario que había sido herido en el mismo accidente, intenta contra *B* (considerado como verdadero empresario de la cantera y como responsable por la falta de seguro) la acción de resarcimiento, y el Tribunal se niega a admitir las pruebas propuestas por *B* para demostrar ser extraño a la explotación de la cantera, afirmando que los juicios de hechos contenidos en las sentencias anteriores (las pronunciadas, como se ha visto, sobre la demanda de la viuda del operario muerto) debían considerarse como prueba plena también en el proceso seguido *entre partes diversas*, porque “aunque por faltar en la especie uno de los extremos requeridos por el artículo 1351, —la identidad de las personas . . .— no pueda hablarse en estricto sentido jurídico de cosa juzgada, es indudable que a la sentencia de la Corte no puede negarse

12 Tribunal de Apelación de Florencia, 1ª Sección, 21 de abril-25 de mayo de 1937, en el proceso *Roticiani vs. Buti c. Lombardi* (inédita).

en este juicio *el valor de prueba documental de los datos de hecho que de la misma resultan*.¹³

7. En verdad, no puede decirse que en esta sentencia la afirmación del principio vaya acompañada de una motivación persuasiva; se comprende, que el principio afirmado pareció tan elemental que hizo considerar innecesaria cualquiera motivación.

Pero discutiendo con magistrados la cuestión en forma puramente teórica, he tratado en varias ocasiones, de darme cuenta de las razones por las cuales la práctica judicial está dispuesta a admitir con tanta amplitud esta extensión probatoria de los juicios de hecho enunciados en la motivación de las sentencias; y he advertido que para muchos jueces, más que de un convencimiento meditado, basado en argumentos de derecho positivo, se trata de un artículo de fe, en el que parece estar en juego la seriedad y el decoro de su misma función.

El argumento fundamental con el cual se me ha objetado, es el siguiente: aunque los juicios de hecho contenidos en la motivación de una sentencia no pasan en autoridad de cosa juzgada en sentido jurídico, no pueden sin embargo, considerarse como proposiciones privadas de toda autoridad moral. Los juicios de hecho contenidos en una sentencia, siguen siendo siempre juicios pronunciados *por un magistrado*, es decir, provenientes de un órgano del Estado, típicamente calificado, por su preparación y por su oficio, para juzgar con consideración e imparcialidad. Los juicios del magistrado pues, aunque tengan por objeto simples circunstancias de hecho no destinadas a pasar en autoridad de cosa juzgada en sentido jurídico, son siempre, moralmente, los más atendibles entre todos los posibles juicios humanos, ya que provienen de quien hace del juzgar, su específica misión profesional. Ahora bien, si en todo proceso se usan como fuentes de convicción declaraciones provenientes de personas moral y técnicamente menos calificadas que el juez (piénsese en que la suerte de un proceso puede jugarse en la respuesta vaga o aproximada de un testigo que puede ser un analfabeta, un deshonesto o un distraído incorregible), ¿cómo es posible considerar privada de toda atendibilidad probatoria, la serena y meditada valoración de los hechos de la causa que el juez ha insertado en su sentencia, después de una profunda instrucción y de un largo recogimiento de su conciencia?

13 Tribunal de Florencia, 24 de julio-10 de septiembre de 1937, *Lamporesi vs. Lombardi* y l. l. e. e. (inérita).

En el fondo de esta pregunta hay, pues, un móvil de carácter más bien sentimental que racional; la idea de que las declaraciones de hecho realizadas por un juez en un proceso, puedan valer, fuera de este proceso, menos que la deposición de un testigo, o menos que cualquier elemento indiciario, es una idea que no encuentra crédito entre los magistrados, ante todo y sobre todo, porque parece ofensiva para su amor propio profesional.

8. Pero hecho a un lado el matiz de orden sentimental, lo cierto es que en el razonamiento antes referido hay un núcleo que aun desde el punto de vista estrictamente racional, tiene su valor; en substancia es la referencia al principio de la libre valoración de las pruebas, según el cual, a falta de prohibición expresa de la ley, no podrá impedirse al juez tomar en consideración —entre los distintos elementos probatorios que puede tener en cuenta para resolver las cuestiones del proceso—, los juicios sobre los mismos hechos que encuentre enunciados en otra sentencia, y valorar de este modo, para llegar a formar la convicción propia, aun la opinión expresada al respecto por un juez distinto en un proceso diverso.

El planteamiento del problema en el terreno de la libre valoración de las pruebas sirve, sin embargo, para hacer comprender cómo en la misma opinión de quienes están de acuerdo en reconocer a la motivación de las sentencias una cierta eficacia probatoria, que excede los límites del proceso, tal eficacia probatoria no encuentra su justificación en el campo de la cosa juzgada. Ciertamente, si el problema debiese resolverse según las reglas de los límites subjetivos y objetivos de la cosa juzgada, sería indudable que fuera del proceso en que la sentencia ha sido dictada, los juicios particulares de hecho enunciados en la motivación no pueden tener, en un proceso distinto (ni entre las mismas partes, ni a *fortiori* entre partes diversas), autoridad alguna. "... El juez no está obligado a tener por ciertos los hechos considerados como base de lo juzgado anteriormente, ni la calificación jurídica reconocida a los mismos... Objeto de lo juzgado es la conclusión *última* del razonamiento del juez y no sus premisas: el último e inmediato resultado de la decisión y no la serie de hechos, de relaciones o de situaciones jurídicas que en la mente del juez constituyen los presupuestos de aquellos resultados."¹⁴

14 CHIOVENDA, *Istituzioni*, vol. I, núm. 129.

Podemos, pues, desde luego, dar como resuelto este punto: sería verdaderamente un error el considerar los juicios históricos contenidos en las premisas de una sentencia como expresiones de la verdad legal que tienen su raíz en los principios mismos de la cosa juzgada. Aun cuando se admita que estos juicios históricos, contenidos en la motivación de una sentencia, puedan conservar alguna eficacia probatoria fuera de los límites del proceso en que han sido enunciados, *tal eficacia nada tiene que ver con la autoridad de la cosa juzgada*, que no abarca la motivación, sino únicamente la conclusión última del silogismo judicial.

9. Pero aun permaneciendo en el campo de la prueba, sin entrar en el de la cosa juzgada, parece que la posibilidad de utilizar en un proceso diverso los juicios de hecho enunciados en la motivación de una sentencia, está en contraposición con una serie de consideraciones que resumo rápidamente:

a) En un proceso como el nuestro, fundamentalmente basado en el principio dispositivo, el valor probatorio de los juicios de hecho que formula el juez como premisas necesarias para llegar a la conclusión, tiene un carácter conscientemente *relativo* y *contingente*, en cuanto, dada la reconocida imperfección de los instrumentos de investigación de que se sirve el juez para elaborar tales premisas, las mismas no aspiran a tener crédito fuera del proceso en que se ha realizado la investigación. Cuando se piensa que en el proceso de tipo dispositivo, el juez, que debe decidir *secundum alligata*, debe ignorar aquella porción de la realidad que las partes no hayan hecha pasar por el diafragma de su limitado campo visual, mientras, por otra parte, debe considerar ciegamente como realidad los hechos que ambas partes estén acordes en declarar verdaderos; cuando se piensa que, aun para la comprobación de los hechos controvertidos y para la elección de los instrumentos probatorios más idóneos a tal fin, la actividad del juez está en gran parte condicionada a la iniciativa de las partes, se comprende sin esfuerzo que la verdad de los hechos del proceso, fijada por el juez en sus premisas, tiene una función meramente instrumental, en cuanto que antes que ser fin en sí misma, está destinada a durar hasta que sea alcanzado el fin práctico de lo juzgado, y a perder toda autoridad, aun simplemente probatoria o histórica en el momento mismo en que se logre que la incontrovertibilidad oficial del derecho, que es el efecto típico de lo juzgado, convierta, para lo sucesivo, en prácticamente supe-

rada y superflua toda investigación ulterior sobre la realidad del hecho que el derecho presupone. Los juicios de hecho que el juez, formula en el curso de su razonamiento son como puentes provisionales, contruidos por él y para él con los materiales que se encuentran en el lugar; una vez efectuado el paso y alcanzada la meta última que es la sentencia, los puentes provisionales pueden desplomarse sin daño, porque no habrá nadie que sienta la necesidad de recorrer el mismo camino. Por esto me parece que puede reconocerse —sin ofender al constructor que los ha trazado valientemente—, que nada hay de malo si se descubre que estos puentes, después de haber resistido cuanto era necesario pasar, estaban contruidos de cartón; es decir, me parece que puede, sin ofensa para el juez, negarse a sus juicios de hecho todo valor probatorio fuera del proceso en que se han formulado, porque aun si los mismos hechos volvieran a discutirse en ocasión de un proceso distinto, en todo proceso el juez deberá reconstruir en su laboratorio nuevos instrumentos de investigación, y reiniciar sobre los mismos hechos un nuevo trabajo de investigación que podrá llevarlo a sostener, para aquellos mismos hechos, una verdad distinta. Tampoco puede ser esto motivo de escándalo, ya que este es el alcance conocido y bajo tantos aspectos benéfico del principio dispositivo. Dado que en todo proceso, las partes tienen el poder de presentar al juez sólo algunos de los aspectos de la realidad, el valor histórico de los juicios de hecho enunciados por el juez, está en función de tal presentación; el juez en el proceso de tipo dispositivo, no aspira a establecer la verdad con mayúscula, destinada a valer eternamente, más allá de las contingencias, sino más modestamente se contenta con llamar verdad a la suma lógica de las alegaciones y pruebas que el proceso le ofrece, sin excluir que mañana, si sobre los mismos hechos las alegaciones y las pruebas utilizables fuesen diversas, la verdad podría parecerle completamente distinta, como sucede en la parodia francesa de un título pirandelliano que parece hecho a propósito para servir de lema al proceso dispositivo: “*chacun sa vérité*”.

10. b) Adivino fácilmente la objeción: esta relatividad de los juicios históricos del juez podría ser, se dice, un argumento insuperable contra su transferibilidad a otros procesos, sólo cuando se pretendiese darles el valor de *prueba legal* fuera del proceso en que se han originado; pero cuando por el contrario, se reconoce que en los otros procesos su valor probatorio está condicionado a la libre valoración del nuevo

juez, esto bastará para atemperar el carácter contingente de tales juicios de hecho y para eliminar el peligro de que sean ciegamente creídos, sin ponerlos en armonía con las situaciones procesales distintas creadas en este nuevo proceso por el renovado juego del principio dispositivo.

Por otra parte, es sabido que cada vez se va afirmando más en la práctica y en la doctrina, el principio de la utilizabilidad de las pruebas fuera del proceso en que han sido rendidas; esto vale no sólo para las pruebas rendidas en un proceso penal, sobre las cuales se admite comúnmente que pueda fomarse el convencimiento del juez civil, sino además, para las rendidas en un proceso civil, que se sostiene conservan su valor, con tal que sea entre las mismas partes, aun cuando el proceso en que se han reunido se haya extinguido por caducidad, o se haya anulado por incompetencia del primer juez. Ahora bien, si esto se admite para las pruebas en general, ¿deberá negarse para aquella prueba especial que está contenida en las premisas de hecho de una sentencia? Si es lícito al juez, bajo el control vigilante de su valoración crítica, formarse una convicción sobre las declaraciones de testigos hechas en otro proceso, ¿cómo podría prohibírsele tomar en consideración, como elementos de persuasión libremente valorables, los juicios de hecho formulados en la sentencia de otro juez, es decir, provenientes de una fuente más pura y más autorizada que cualquier deposición de testigos?

A estas consideraciones, cuya fuerza no trato de ocultar se puede replicar ante todo con una pregunta: ¿realmente es seguro que en nuestro sistema probatorio, los juicios de hecho contenidos en las premisas de una sentencia, puedan considerarse en sentido técnico, como un medio de prueba? ¿En cuál de los distintos tipos de pruebas conocidos por nuestro derecho podrían hacerse caber las premisas de hecho de una sentencia? Y si por ventura debiera concluirse que no pueden clasificarse dentro de ninguno de los tipos conocidos, ¿se podría, empero, continuar admitiendo que pueden ser utilizadas como elemento de convicción del juez en un proceso diverso de aquél en que la sentencia que las contiene ha sido dictada?

La práctica alemana que es constante en el sentido de que una sentencia civil o penal dictada en un proceso diverso, puede ser utilizada siempre por el juez como elemento de convicción sobre hechos enunciados en la misma, hace encajar esta eficacia probatoria de la

sentencia en la figura de la prueba documental (*Urkundenbeweis*);¹⁵ y también nuestra jurisprudencia, sigue el mismo criterio en la sentencia antes citada.

Pero me parece que en esta forma el verdadero problema de la eficacia probatoria de la sentencia, se ha desplazado, no resuelto. La sentencia, en cuanto documento, representa la resolución como acto procesal que tiene la forma y contenido que resulta de la escritura; y porque entre las distintas partes de que se compone la resolución está también la motivación de hecho, la sentencia, en cuanto documento, puede considerarse como prueba de la motivación, como representación de los juicios de hecho que el juez ha formulado al elaborar las premisas de su silogismo. Pero la eficacia probatoria de la sentencia se se detiene aquí; documenta la *existencia* de estos juicios de hecho, pero no documenta su exactitud y su atendibilidad intrínsecas. La eficacia documental de la sentencia se limita a lo externo de estos juicios de hecho, como la eficacia documental del instrumento público no penetra en la substancia de las llamadas *enunciaciones*; en la misma forma que para las enunciaciones se enseña exactamente que “el documento público no tiene más eficacia que la de probar que *fueron emitidas por las partes*, salvo la cuestión de si tal eficacia deba reconocerse a las declaraciones de las partes para probar los hechos enunciados;”¹⁶ así para los juicios de hecho contenidos en la motivación de una decisión, la eficacia documental de la sentencia se limita a probar *que fueron emitidos por el juez*, salvo la cuestión de su *atendibilidad intrínseca*, es decir, de su exactitud y veracidad.

El problema de la eficacia probatoria intrínseca de estos juicios no se resuelve, pues, con los principios de la prueba documental, que no nos explican en virtud de qué reglas del derecho probatorio, estos juicios de hecho (de cuya *existencia*, hace prueba plena la sentencia como instrumento público), pueden ser considerados como elementos idóneos para formar la convicción de otro juez, en un proceso distinto.

Excluído que la sentencia pueda considerarse como prueba documental de los hechos sobre los cuales el juez ha expresado su juicio en la motivación (la sentencia, como se ha visto, documenta la existencia de los juicios de hecho, pero no la existencia de los hechos a que se refieren tales juicios), la *atendibilidad intrínseca*, la fuerza de convicción

15 Cfr. STEIN-JONAS, § 286, III, 4, a; III, 5.

16 CARNELUTTI, *Sistema*, I, p. 798.

de estos juicios no podría, si no me equivoco, medirse con los criterios de la testimonial o pericial. El juez, que en las premisas de su sentencia da razón de las conclusiones intermedias a las que ha llegado en la valoración de los hechos particulares controvertidos, no realiza una función ni de testigo ni de perito; esencialmente realiza función *de juez*; y las mismas argumentaciones que ha inserto en su sentencia como preámbulo y como justificación de su acto de autoridad, no me parece que puedan, sin menoscabo, ser valoradas en un proceso distinto de la misma manera que la deposición de un testigo, o el dictamen de un perito.

Antes bien, si se admite (pero *in iure condito* creo que es necesario tener mucho cuidado), que el principio de la libre valoración deje a la prudencia del juez donde la ley no lo prohíba expresamente, la facultad de utilizar como elementos de convicción todas las fuentes de información que no puedan encajar en los tipos de prueba previstos por la ley (las llamadas pruebas *innominadas*),¹⁷ la eficacia probatoria de los juicios de hecho contenidos en las premisas de una sentencia, podría hacerse caber en la cómoda fórmula del artículo 1354 del Código Civil, a la cual recurre gustosa la jurisprudencia cuantas veces se trata de introducir discretamente en el proceso, nuevos instrumentos de investigación que sirven para atenuar cada vez más la rigidez originaria de nuestro sistema probatorio. Fundada así, en el artículo 1354 la eficacia probatoria de la sentencia, se basaría en el conocido esquema lógico del razonamiento presuntivo: del hecho conocido, consistente en la existencia de una sentencia que en la motivación, afirma como verdaderos ciertos hechos, el juez de un proceso distinto estaría autorizado para considerar que estos hechos son verdaderos en realidad (hecho desconocido), en obsequio a la máxima de experiencia, según la cual es probable que los juicios de hecho contenidos en una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, correspondan a la verdad.

11. c) Pero llegados a este punto, creo que sea indispensable tratar de penetrar más a fondo la razón psicológica de esta presunción. Puede ocurrir que el juez que obtiene de la sentencia anterior una presunción de verdad, se haya convencido no tanto por la opinión personal en la misma enunciada, cuanto por las referencias a los resultados de la instrucción sobre los cuales tal opinión se ha basado expresamente; en tal

17 Cfr. CARNELUTTI, *Sistema*, I, núm. 306.

caso, la sentencia dictada en el proceso anterior no es más que un instrumento expedito ofrecido al nuevo juez para conocer en sus elementos esenciales y para revalorar *ex novo* las pruebas sobre las cuales se ha basado la sentencia anterior; y el problema de la eficacia probatoria de la sentencia, encaja así en el otro problema (a que ya se ha aludido anteriormente, núm. 10) de la utilizabilidad, en un proceso, de las pruebas reunidas en proceso distinto.¹⁸

Pero si el nuevo juez funda su razonamiento presuntivo únicamente en la opinión expresada por el juez anterior, sin tratar de remontarse a la instrucción que la ha precedido y de valorar nuevamente por cuenta propia los materiales probatorios sobre los cuales ha razonado el juez anterior, me parece que este servil obsequio a la opinión ajena no puede considerarse como un pilar bastante sólido para fundar sobre él una presunción; y que toda la estimación que un juez pueda tener para el razonamiento del colega que le ha precedido en la valoración de los mismos hechos, no basta para exonerarlo del deber de razonar con su cabeza.

Contra la humana tendencia del juez a inclinarse ante las opiniones ya formuladas, reacciona el artículo 361, párrafo 2º del Código de Procedimiento Civil que al establecer la nulidad de la sentencia en la que el juez no haya hecho consideraciones, dispone que “se reputan omitidos los motivos cuando la sentencia únicamente se refiera a los de otra sentencia”. En esta disposición se contiene, si no me equivoco, la solución negativa del problema que aquí se discute: el juez que, llamado a verificar los hechos de la causa, considerase como argumento de convicción la opinión ya manifestada sobre los mismos por un juez distinto en una sentencia anterior, no haría más que referirse a los motivos de hecho de tal sentencia con lo que incurriría en la nulidad establecida por el artículo 361. Para escapar a la nulidad es necesario que el segundo juez tome argumentos de la motivación de la sentencia anterior para recurrir a las pruebas sobre las que está basada ésta y para hacer por su cuenta una valoración directa de las mismas; pero si no hace este retorno directo a las fuentes, la referencia ciega a la opinión del juez anterior y el pasivo juramento *in verba* de éste, no equivalen a motivación.

12. Para poder atribuir a los juicios de hecho contenidos en la motivación de una sentencia, la eficacia probatoria que el artículo 361 ex-

18 Cfr. MORELLI, trabajo citado, p. 199.

cluye, sería necesario, en consecuencia, una disposición expresa de ley, del tipo de las que se encuentran en los artículos 25 y 27, y sobre todo, en el 28 del vigente Código de Procedimiento Penal, sobre el cual quiero, brevemente, concentrar estas observaciones.

Aunque la intitulación de los artículos 27 y 28 habla de “autoridad de la cosa juzgada penal”, me parece que no todas las disposiciones contenidas en éstos artículos pueden considerarse como relativas a los efectos de la cosa juzgada; si la decisión que concierne al punto de la “ilicitud” o al de la “responsabilidad del condenado” (artículo 27) puede sin dificultad incluirse en el proceso civil bajo el aspecto de la cosa juzgada formada sobre una cuestión prejudicial a la acción de daños; la eficacia vinculante que en el juicio civil se atribuye por el artículo 27 a la resolución penal “sobre la subsistencia *del hecho*” y por el artículo 28 a la “comprobación de *los hechos materiales* que fueron objeto del juicio penal”, parecen referirse, más que a la noción de la cosa juzgada, a la de la prueba legal.¹⁹

La tesis según la cual, en el artículo 28 del Código de Procedimiento Penal, debería verse más que un fenómeno de cosa juzgada, un fenómeno de prueba, fué sostenida en una bella disertación de doctorado, discutida recientemente en la Universidad de Florencia;²⁰ sería este artículo 28 uno de los pocos casos (cfr. también los artículos 122 y 193, párrafo 1º del Código Civil), en que la sentencia funcionaría verdaderamente como *medio de prueba legal* de los hechos particulares “materiales” enunciados en su motivación; y esta regla excepcional quedaría reservada para la sentencia penal, precisamente porque en el proceso penal, dominado por el principio inquisitivo, la comprobación de los hechos se realiza con todas las garantías de investigación profunda de que carece el proceso de tipo dispositivo y que permiten considerar los juicios históricos formulados por jueces penales, como mucho más atendibles y definitivos que los formulados en las sentencias civiles.

No puedo, naturalmente, adentrarme en la crítica de esta tesis, incluso porque no he perdido todavía la esperanza de ver publicado el

19 También ALLORIO, *op. cit.*, p. 77, advierte que en el artículo 28 “son menos claros que de costumbre los límites entre autoridad de la cosa juzgada y eficacia probatoria de la sentencia”.

20 MAX VARADI, *Regiudicata penale e azione civile*, Florencia, 1935 (inédito).

trabajo en que se sostuvo. Me limito a recordar que en la viva discusión a que dió lugar, se manifestaron otras dos opiniones respecto al artículo 28. Hubo quien sostuviera que en el artículo se habla de autoridad de la cosa juzgada en sentido propio, porque también la existencia de hechos materiales puede ser objeto de una verdadera y propia decisión, destinada a funcionar después en el proceso civil como sentencia prejudicial,²¹ lo que no es un fenómeno aislado, porque también en el campo del proceso civil, normas expresas de ley admiten en muchos casos la posibilidad de cuestiones prejudiciales “sobre hechos jurídicos que no podrían constituir por sí mismos objeto principal de un juicio autónomo”.²²

Pero hubo también quien sostuviera que en el artículo 28, en vez de un caso de prueba legal, o de un caso de cosa juzgada sobre un punto prejudicial, debería verse un fenómeno de *preclusión*, por cuanto que la comprobación de los hechos materiales —que necesariamente realiza el juez penal para construir las premisas históricas de su sentencia—, debería ser necesariamente utilizada por el juez civil, quien, cuantas veces le parezcan relevantes para los efectos civiles, los mismos hechos que ya fueron comprobados por el juez penal, estaría impedido de perder tiempo y energías en reiterar sobre los mismos hechos la misma investigación que el juez penal ha realizado bien, de una vez por todas, antes que él. En esta prohibición hecha al juez civil de renovar con inútil duplicación de trabajo, la investigación de la instrucción ya realizada también por el juez penal, debería verse, en consecuencia, un nuevo ejemplo de la división del trabajo lógico entre jueces diversos necesario para construir la sentencia que da lugar a la conocida figura de la sentencia *subjetivamente compleja*, en la que se integran unitariamente las aportaciones parciales elaboradas en compartimentos sucesivos, vasos comunicantes de órganos diversos, obligados recíprocamente a aceptar sin discusión los resultados del trabajo consumado en la fase precedente (así, la Corte de Casación no puede volver a discutir

21 Esta es, si no me equivoco, la opinión que mejor corresponde al pensamiento de CARNELUTTI, quien en su *Teoría del Falso*, p. 102, enseña que el principio contenido en el artículo 28 “se formula correctamente diciendo que la comprobación de un hecho jurídico establecido en materia penal, vale frente a todas las relaciones respecto de las cuales pueda tener relevancia el hecho”.

22 CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, p. 353.

los hechos que han sido comprobados por el juez del conocimiento; ²³ ni el juez de segundo reenvío puede discutir la opinión manifestada “sobre el punto de derecho” por las Secciones unidas; etc.) Pero este es un argumento que ameritaría una profunda investigación que no es posible aquí; si se interpretara el artículo 28 bajo el aspecto de la preclusión, podría parecer que se tuviera —contrariamente a lo que se enseña ser un carácter constante de esta situación procesal ²⁴—, un caso de preclusión destinada a operar *fuera del proceso* en que se produce (la comprobación de los hechos realizada en el proceso penal valdría como preclusión en la fase decisoria del proceso civil), lo que podría inducir a volver a meditar el problema de la preclusión, y a investigar si los casos de preclusión que operan en un proceso diverso, no son, por ventura, más frecuentes de lo que hasta ahora se ha enseñado (ejemplo, artículos 341 y 547, primer párrafo, del Código de Procedimiento Civil, etc.).

Tampoco podría descuidarse, para comprender plenamente el alcance jurídico exacto del artículo 28, la limitación especial contenida en el último inciso del artículo, la que dejando fuera de la eficacia de la declaración penal los casos en que “la ley civil establezca limitaciones a la prueba del derecho controvertido”, parece querer consagrar la naturaleza meramente probatoria de esta declaración, que estando destinada a venir a menos frente a otros medios de prueba prevalentes en materia civil, encontraría así su sistematización y sus límites en la graduación de las pruebas legales.

13. Puede concluirse, pues, que salvo unas cuantas disposiciones excepcionales en que puede sostenerse que la ley misma ha querido atribuir a la sentencia penal el carácter de una prueba de los hechos declarados en sus premisas, tal eficacia probatoria debe ser negada en general, para la sentencia civil; no sólo en el sentido de que no puede reconocérsele nunca el carácter de una prueba *legal* de los hechos enunciados en sus premisas, sino además en el sentido de que no puede verse en ella ni siquiera un elemento idóneo para formar en un proceso

²³ La fórmula del artículo 28 del Código de Procedimiento Penal, puede compararse útilmente con la del § 561, primer párrafo del CPO alemán, según el cual “Si el juez de apelación ha declarado que una afirmación de hecho es cierta o falsa, so ist diese Feststellung für das Revisionsgericht bindend . . .”

²⁴ CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, p. 117.

distinto, la libre convicción del juez, y para que tenga lugar respecto de ella la directa valoración de las pruebas, que es lo único que puede constituir una motivación suficiente de la nueva sentencia.

Por tanto, puede augurarse que la jurisprudencia se decidirá a reexaminar el problema, ya que la amplitud con que ha concebido hasta ahora esta pretendida eficacia probatoria de las sentencias, arriesga alentar en los jueces la pereza mental que tiende a apoyarse en las opiniones ajenas, y a anular en la práctica el fecundo estímulo del sentido de responsabilidad, que es para el magistrado el deber de la motivación.

Probablemente esta amplitud de la jurisprudencia tenga su origen primario en una cierta confusión de ideas, que todavía no desaparece del todo en la práctica, en torno a los principios fundamentales de la cosa juzgada, cuyos límites no pueden aparecer muy claros, mientras rija un Código que, según la tradición, continúa regulando la autoridad de la cosa juzgada, bajo el título “de la prueba de las obligaciones” y considerándola como una presunción legal. Pero todo el esfuerzo de la doctrina en el último treintenio —y especialmente en este campo, la obra magistral de GIUSEPPE CHIOVENDA—, se halla dirigido a purificar la teoría de la cosa juzgada de todas las contaminaciones de carácter probatorio y a poner de relieve que el juez está llamado a dictar en nombre del Estado, mandatos irrevocables, no a formular en nombre de éste juicios históricos que tengan el sello de la infalibilidad oficial.²⁵ La historia, como escribe recientemente CROCE:²⁶ “... no basta para engendrar el juicio del magistrado... Lo peculiar de la sentencia del juez radica en la llamada “subsunción” por la que se hace encajar el hecho que se tiene a la vista, históricamente reconstruido, en una norma de ley, “subsunción”, que no es un acto teórico sino práctico, un acto volitivo, un *imperium* que individualiza, es decir, “crea la ley y dicta un mandato”.

Tengo la impresión de que la jurisprudencia antes criticada, no hacía claramente esta distinción entre historia y mandato, que es el fundamento de la moderna teoría de la cosa juzgada, y que en ella continúa resonando inconscientemente la vieja concepción, condenada hace tiempo por la doctrina, de la cosa juzgada como *presunción de verdad* que “*facit de albo nigrum et de quadrato rotundum*”.

PIERO CALAMANDREI.

25 Cfr. *Istituzioni*, I, pp. 33 y 334.

26 En *Critica*, XXXV, fase. V (20 de septiembre de 1937), p. 376.