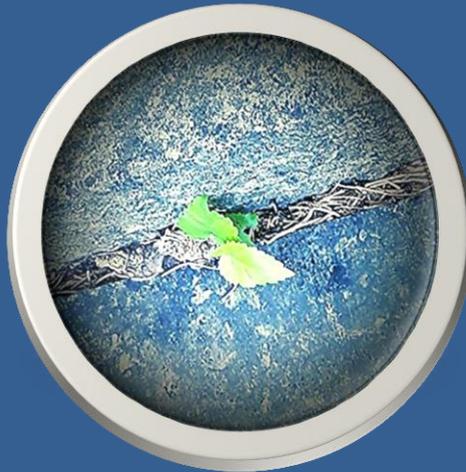


ESCUELA DE
POSGRADO



PUCP



Revista de la
Maestría
EN DERECHO PROCESAL

Vol. 7, N° 1
Enero-julio 2017
ISSN 2072-7976

<http://revistas.pucp.edu.pe/derechoprocesal>



Prueba y convicción: perfiles lógicos e históricos

[Proof and conviction: logical and historical profiles]

Alessandro Giuliani
(Lecce, 1925-Perugia, 1997)

Resumen

Traducción al castellano de uno de los últimos trabajos de Alessandro Giuliani en el que el filósofo italiano traza su enfoque sobre la relación entre prueba y convicción del juez, entre orden asimétrico y orden isonómico en el procedimiento de formación del conocimiento judicial.

Palabras clave: Alessandro Giuliani; dialéctica procesal; lógica judicial; retórica judicial; prueba retórica; prueba demostrativa; orden isonómico; orden asimétrico.

Abstract

Spanish translation of one of the last works of Alessandro Giuliani in which the Italian philosopher draws his approach on the relationship between proof and conviction of the judge, between asymmetrical and isonomic order in the procedure of formation of judicial knowledge.

Key words: Alessandro Giuliani; procedural dialectic; judicial logic; judicial rhetoric; rhetorical proof; demonstrative proof; isonomic order; asymmetric order.



Prueba y convicción: perfiles lógicos e históricos

Alessandro Giuliani
(Lecce, 1925-Perugia, 1997)

Publicado en *La prova penale. Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*. N° 98, 1997. Traducción libre de Raúl Feijoo. Revisión de Giovanni F. Priori Posada

Premisa

Sin la conciencia sobre el entramado entre aspectos lógicos, éticos e institucionales, resulta oscura la fundamental antinomia de la lógica judicial, en cuya solución intervinieron –en la edad media– teólogos, filósofos y juristas: *secundum conscientiam/iuxta allegata et probata*. El “Methodenstreit” –que es reconducido al eterno conflicto entre la retórica y la lógica– se refería a la relación entre prueba y convicción del juez. La controversia representa –si estuviese permitido el utilizar las categorías de la teoría contemporánea del proceso– la alternativa entre el orden isonómico y el orden asimétrico: entre el principio de selección del proceso inglés y el principio de concentración del proceso continental. Como aprehendemos de un jurista del siglo XIV, el triunfo del dogma *iuxta allegata et probata* –que correspondía a la “*communis opinio theologorum*”– se afirmó con la autoridad de Santo Tomás, dejando de lado la doctrina opuesta de los *doctores antiqui*:

Et quod (iudex) debeat conscientiam sequi patet ex iuribus supra-dictis. Et hanc sententiam tenerunt doctores antiqui excellens Hugutio et Martinus. In contrarium est communis opinio theologorum, scilicet quod secundum allegata et probata et non secundum conscientiam, ut. notat Sanct. Thom. de Aquino in 2-2 q.

67, ar. 2 (Luca da Penne, Comm. in tres posteriores libros Codicis Iustiniani, Lugduni, 1584, p. 334).

La consolidación del principio *iuxta allegata et probata* debe considerarse como uno de los episodios más significativos de la teologización del derecho. Ciertamente es que –desde Abelardo hasta los maestros de Port Royal– es constante la preocupación del teólogo por eliminar la subjetividad del juicio, en lo que se refiere no solo a la regla, sino que también al hecho. Del dogma deriva –como corolario– la radicalización de la distinción entre *quaestio facti* y *quaestio iuris*, en el fuerte sentido de una contraposición desconocida a los “doctores antiqui”. En la *quaestio facti* el igualar el juicio humano al divino –sin contradicción ni diálogo– podía encontrar en el “cálculo” de un sistema de pruebas legales, un sustituto, aunque imperfecto, de la omnisciencia divina. Por tanto, el dogma apareció enganchado a un modelo de racionalidad anti-retórica, que utiliza técnicas probatorias demostrativas. El principio *iuxta allegata* –que se radica con el paso al *processus* de la edad moderna– resultó luego en sintonía con el espíritu positivista, que se afirmó progresivamente en la ciencia jurídica a partir del siglo XIX.

En esta tradición –en la que se elevó a modelo absoluto la epistemología conexa al procedimiento de una particular forma de conocimiento (la ciencia)– debe buscarse la génesis de un tácito postulado implícito en la dogmática del jurista continental: *la interpretación de la ley y la prueba de los hechos pertenecen a mundos incomunicables*. Tal postulado no fue objeto de discusión cuando en el siglo XVIII la revolución francesa introdujo –junto con el jurado– el principio de la *intime conviction* como taumatúrgico remedio a la crisis del procedimiento inquisitorio: la distinción entre el “hecho” y el “derecho” se presentó compatible con la distinción de papeles entre jurados y jueces. Es verdad que aún hoy los parámetros de la racionalidad de la *intime conviction* resultan oscuros, en cuanto se pone entre paréntesis el nexo entre convicción y conocimiento. El principio se ha convertido en un

caso límite de noción irremediabilmente confusa: la terminología se ha venido cargando de significados distintos y, en los extremos, opuestos, implícitos en los conceptos a los que tal noción remite (certeza moral, prueba moral, conciencia, etc.).

La versión moderna de la libre convicción –confiada demasiado simplistamente al sentido común de los juzgadores– no tiene nada en común con el principio de que el juez deba juzgar *secundum conscientiam*. El dogma, en el sentido del proceso común europeo (en el que debe comprenderse la tradición del *common law*) presupone los valores lógicos y éticos que hoy reconducimos a la idea del debido proceso: el orden isonómico –basado en la división del conocimiento y en la distinción de los papeles– permite el paso de la mera persuasión a una auténtica convicción basada en pruebas. La libertad de valoración encuentra su compensación en la rigurosa eliminación de la información irrelevante. El principio de selección pone en movimiento las operaciones sociales de una razón retórica, dialéctica, justificativa. La problemática resulta inaccesible al jurista continental, que no esté dispuesto a dejar de lado las categorías lógicas en las que ha sido educado: a partir de la distinción entre “cuestión de hecho” y “cuestión de derecho”. En la argumentación jurídica ningún hecho es relevante, si es que no es reconducible a estructuras meta-fácticas: los hechos en la controversia siempre son relacionales (“in ordine ad ius”). Los fundamentos lógicos del *ordo* se buscaron en la retórica entendida como un *ars hermeneutica*, capaz de atraer el hecho –y la prueba de los hechos– en el área de la cualidad: la controversia judicial es una “cuestión mixta”.

I. Perfiles históricos. Viquismo jurídico y procedimiento penal

1. “Tre spezie di giudizi”

Hasta fines del siglo XIX, Giambattista Vico no fue considerado por los juristas el filósofo de la historia ideal eterna, sino, más bien, filósofo del derecho. Una tal interpretación –que presu-

pone la primacía de Vico *iurisconsultus*– es apreciable en varios campos: de la ciencia de la legislación a la doctrina dialéctica de la “interpretatio”. El procedimiento penal constituye el sector en el que, quizá, ha resultado más incisiva su presencia; baste considerar dos tesis que son interdependientes:

- a) el proceso debe estar en sintonía con las formas de gobierno (“*ex natura rerumpublicarum*”);
- b) la libre convicción del juez (“*secundum conscientiam*”) no debe ser dissociada de reglas lógicas: la prueba judicial –entendida en el sentido clásico de “*argumentum*”– debe apuntar a la convicción y no a la mera persuasión del juez.

La génesis de la reflexión sobre el proceso, que nos ofrece el Vico *philosophus*, debe buscarse no solo en la obra de Vico *iurisconsultus*, sino también en la de Vico *orator*: ella, en efecto, corre paralela al redescubrimiento de la dimensión “lógica” y “filosófica” de la retórica “judicial”, considerada en relación a sus dos capítulos (es decir, *ordo quaestionum* y *ordo probationum*). Vico es consciente que la dicotomía *secundum conscientiam/iuxta alligata et probata* no solo refleja el perenne conflicto entre retórica y lógica (entre orden isonómico y orden asimétrico) en el procedimiento del conocimiento, sino que además tiene otras implicancias éticas. Él deja traslucir su preferencia por la doctrina de los “doctores antiguos” (esto es que el juez debe juzgar *secundum conscientiam*):

Quid autem iudex in hac facti *peristsei* facere oporteat, qui reum palam noscit, secreto scit innocentem, morali doctrinae definiendum relinquamus (*De uno. CCI*).

Una idea fundamental –ya delineada en las obras jurídicas– encuentra su punto de madurez y de elaboración en la *Scienza nuova* (Libro IV, sec. X [§§ 955-974]): es decir, que *las mutaciones de las instituciones deben buscarse al interior de las modificaciones de la mente humana*. El proceso es una variable dependiente res-

pecto de las diversas maneras en las que se viene articulando en el tiempo el nivel de racionalidad, en relación a las varias formas de gobierno. No podemos, en suma, comprender las formas maduras, poniendo entre paréntesis las etapas de la evolución: “cambiando los hombres, conservan por algún momento la impresión de su primer hábito”:

[...] así en los tiempos bárbaros, es natural la razón estricta observada en las palabras, que es propiamente el *fas gentium*, como en los tiempos humanos lo es la razón benigna, considerada de igual utilidad que las causas, que propiamente *fas naturae* debe decirse, derecho inmutable de la humanidad razonable, que es la verdadera y propia naturaleza del hombre.

A la “evolución” –metáfora base de la *Scienza nuova* – debe reconducirse el tratamiento del proceso, colocado en el libro cuarto (“*Del corso che fanno le nazioni*”). Nuestro tema –*tres especies de juicios*– es una relación de interferencia con las otras etapas del desarrollo histórico: “tres especies de naturalezas”, “tres especies de lenguas”, “tres especies de gobiernos”, etc. La lealtad a la terminología tradicional (“juicio”, “orden de los juicios”) corresponde a la cultura italiana del derecho común, reacia a aceptar la doctrina germánica del “processus”. Consideremos las tres fases:

1) *juicios divinos*: estos corresponden a un nivel de racionalidad de hombres de *cortísimo raciocinio*. “En el estadio que se dice ‘de naturaleza’ (que fue el de las familias) los padres de familia invocaban a los dioses de los pleitos [*dei de’ torti*], que habían sido hechos por ellos [...] llamaban en testimonio de su razón a esos dioses[...]”. Los duelos, por tanto –y sobre ello Vico insiste– no eran pruebas: “De allí que aquellos que escriben que los duelos fueron introducidos por Defecto de pruebas, es falso; pero deben decir: por defecto de leyes judiciales”. Los duelos sobreviven en una relación de distinción-conexión con los “juicios de Dios”. La profundización de las relaciones de interdependencia con el procedimiento de las guerras (“que se llamaron por los

antiguos *duella*”) constituye un momento fundamental de la reflexión sobre el proceso:

En tales juicios armados, valoraron del resultado de la victoria la razón: que fue consejo de la providencia divina, lo que entre gentes barbaras y de cortísimo raciocinio, que no entendían razones, que de guerras no se sembrasen guerras, y se tuviese idea de la justicia o injusticia de los hombres del tener propicios o en contra a los dioses [...].

Los presupuestos de esta común fenomenología deben buscarse en los hechos psicológicos de la misma naturaleza humana: a) el recurso a los Dioses por parte de los oprimidos presupone el sentimiento de la unidad del género humano: “quasi genus humanum esset una civitas, in qua homines agerent sub imperio et tutela deorum, et in testium inopia *deos obtestabantur*” (*De constantia philologiae*, cap. XX, 11); b) el instinto de venganza vinculado a la ley del Talión (“haec poena, omnis maxime rudis et anceps”) –que se pretende introducida por el mítico rey Radamanto– es común a todas las sociedades bárbaras. En la medida en que el ofendido quiere una reparación *pública* (es decir, en presencia de testigos) se prefigura no solo la idea de la justicia, sino también del tribunal y del proceso:

[...] los pueblos debieron comenzar las guerras [...] de sus desalientos por las particulares ofensas, aunque fueran reyes, y siendo ambos pueblos espectadores, que *publicamente* [cursiva nuestra] querían defender o vengar las ofensas.

2) *juicios heroicos*.– La segunda fase de los “juicios ordinarios” corresponde a la más antigua forma de gobierno que, según Vico, no es la monarquía, sino la aristocracia: ella está dominada por un rígido formalismo, en el que el resultado inicuo del juicio no interesa (“uti lingua nuncupassit, ita ius esto”):

Y tal orden de los juicios se necesitó en los tiempos de Aquiles, que reponía toda la razón en la fuerza [...]. Así para que no estallaran en pleitos, ritos y matanzas, fue consejo de la providencia que

tuviesen naturalmente opinión de lo justo, que tanto y tal fuese su derecho cuanto y cual se hubiese explicado con solemnes fórmulas de palabras [...].

Un proceso que ignora “la verdad de los hechos”, puede ser un instrumento de “abusos” y no de justicia. En la edad de los hombres la introducción de la apelación implicó un salto de calidad en el curso que hacen las naciones.

3) *juicios humanos*. – En esta fase la justicia de la decisión prevalece sobre el formalismo procesal. El tratamiento podría parecer injustificadamente apresurado y breve en contraposición a la de las otras etapas del proceso en el “curso que hacen las naciones”: es decir, juicios divinos y heroicos. Vico “filósofo del procedimiento”, remite –con un implícito *Selbstzitat* –a su obra total de *jurisconsultus* y de *orator*. La síntesis de sus convicciones – vinculada a la expresión *juicios extraordinarios*– parece más elocuente que un detallado análisis:

Los terceros juicios son todos extraordinarios, en los que señorea la verdad de los hechos, a los que según los dictados de la conciencia, asisten para cada necesidad benignamente las leyes en aquello que le demanda igual utilidad de causas [...].

Los juicios extraordinarios –en cuanto son juicios de “equidad”– levantan una compleja problemática a nivel institucional y a nivel lógico:

- a) en el plano institucional tal fase corresponde “a la apertura de las repúblicas populares y mucho más a la generosidad de las monarquías, en donde los monarcas, en estos juicios ostentan ser superiores a las leyes y solamente sujetos a su conciencia y a Dios”. Un síntoma de los juicios humanos es la introducción de la apelación entendida como remedio *extraordinario* contra la iniquidad de la sentencia: aquel presupone la distinción de los papeles entre jurisdicción ordinaria (que juzga conforme al derecho estricto) y un Tribunal supremo

(que juzga según la equidad civil). En otra sede, hemos tratado de demostrar como un tal modelo constitucional fue imaginado por Vico en base a dos sugerencias: por un lado, el mito aragonés (siglo XV) del Santo Consejo Real definido “Tribunal de las apelaciones”; y por el otro lado, la correspondiente problemática del juicio de equidad en su “quarto auttore”, es decir, Lord Chancellor Francis Bacon;

- b) En los juicios humanos –en los que señorea la verdad de los hechos– la relación *retorica-procedimiento judicial* parece resolverse en una identificación: por tanto la dimensión lógica de los juicios humanos debe buscarse en las *Institutiones oratoriae*. Vico *orator* –en consciente ruptura con la retórica barroca del ornato– había afirmado la primacía de la retórica judicial, elevada al momento de racionalidad en el plano de las decisiones prácticas. El consenso del auditorio no está desvinculado de la verdad, si la información es corregida en el contradictorio, y en el respeto de las reglas del procedimiento: la prueba retorico-judicial es una prueba lógica. La finalidad de la retórica es pues la búsqueda de la verdad: la relación entre la retórica y la verdad es el reflejo de una vocación de la razón humana, de una disposición natural hacia la verdad, que Aristóteles llamó *nous* y los latinos *intellectus*.

De la filosofía viquiana del procedimiento judicial podía obtenerse una conclusión: es decir, que –si la evolución de las “leges iudicariae” va reconducida al “curso que hacen las naciones”– no existen procesos buenos y procesos malos: el paso de una forma de proceso a otra se realiza cuando se consolida no solo una nueva forma de gobierno, sino también –y sobre todo– un nuevo nivel de racionalidad y de moralidad.

2. *Procedimiento penal y formas de gobierno: Vico, Montesquieu, Filangieri*

El discurso desarrollado hasta este momento nos ha revelado la estricta interdependencia entre dos momentos de la reflexión viquiana del proceso:

- 1) *Relación entre proceso y formas de gobierno.*– La evolución del proceso judicial se reconduce al “camino que recorren las naciones”: el paso de una forma a otra se encuentra en función de las formas de gobierno (“*ex natura rerumpublicarum*”). No existen, por tanto, procesos buenos ni procesos malos: sería así absurdo introducir en la *edad de los hombres* el juicio de Dios, como en la *edad de los dioses* el debido proceso.
- 2) *Relación entre proceso y lógica.*– El paso de una forma a otra se realiza cuando se consolida un nuevo nivel de racionalidad y de moralidad. La prueba retórico-judicial –en los juicios humanos– no es estructuralmente diferente de la prueba lógica: ésta debe apuntar a la *convicción* y no a la *mera persuasión* del juez.

Las dos tesis penetraron en la cultura jurídica europea; pero no siempre ha persistido la visión unitaria de la compleja fenomenología. Tal parece el caso de Montesquieu, cuya deuda frente a Vico siempre se ha mostrado oscura: en efecto, en el *Esprit des lois*, el proceso penal aparece como un capítulo fundamental de su filosofía política. Son impresionantes las analogías con la doctrina viquiana: a) en la tesis fundamental, es decir, que la estructura del proceso depende de las formas de gobierno (cap. XXVI: *Des lois dans le rapport qu’elles doivent avoir avec l’ordre des choses sur lesquelles elles statuent*); b) en el uso del método histórico-comparativo extendido a los derechos primitivos. La analogía se evidencia en el tratamiento del duelo, considerado en relación a la *manière de penser de nos pères*: aquel presupone una apelación a la divinidad. En aquella fase de la civilización “... *il y eut un tel ac-*

cord des ces lois avec les mœurs, que ces lois produisirent moins d'injustice qu'elles furent injustes... qu'elles furent plus déraisonnables que tyranniques" (L. XXVIII, cap. 17).

Sin embargo, no deben desatenderse fundamentales puntos de divergencia. En Montesquieu, en efecto, el interés teórico parece subyugado por el momento prescriptivo, presionado por la urgencia de las reformas. De ello derivan algunas consecuencias:

- a) Las condiciones políticas –y las físico-climáticas– vienen privilegiadas respecto a las culturales: la mutación del proceso y de las instituciones judiciales son analizada en relación a la tripartición de las formas de gobierno (república, monarquía y despotismo).
- b) El remedio a la patología del proceso inquisitorio, y del sistema de pruebas legales, es individualizado en la alternativa del modelo inglés (*trial by judge and jury*), basado –como en la Francia medieval– en el sistema de los pares, los que decidían solamente sobre la “cuestión de hecho”.

La propuesta del trasplante del “jurado” parecía confiar *sic et simpliciter* en la introducción del *jury trial*, del que Montesquieu revela, sin embargo, un conocimiento aproximativo: él, en efecto, no tenía en cuenta que las instituciones judiciales inglesas encontraban su contrapeso y prolongación en la lógica de la *law of evidence* (considerada por los juristas ingleses como “the child of jury”). La convicción del *jury* habría resultado irracional sin una compensación en la rigurosa delimitación del área probatoria por obra de los jueces “profesionales” sobre la base de una lógica de la relevancia, construida como un sistema de “exclusionary rules”. Por tanto, la *law of evidence* no es reconducible a las alternativas familiares del jurista continental (pruebas legales/libre convicción).

A propósito de los malentendidos, quisiéramos llamar la atención respecto de una carta que le envió David Hume: “Pour ce qui est des jurès d’Angleterre... non seulement les jurès déterminent le fait, mais encore le crime et ils laissent la détermination de la punition à la loi”. El filósofo inglés precisó que los “jurors” no deciden sobre la mera cuestión de hecho, sino que sobre una cuestión mixta (“guilty/not guilty”). La incomprensión de Montesquieu encontraba su explicación en las diferentes premisas epistemológicas de la lógica judicial, familiar al magistrado francés: la contraposición entre “cuestión de hecho” (jurado) y “cuestión de derecho” (jueces) había sido radicalizada por la lógica de Port Royal.

En la obra de Montesquieu debe encontrarse, entonces, la génesis de la versión francesa del *jury trial*; ella triunfó –a través de la ideología de los *philosophes*– en la Francia revolucionaria con la ley de 1791: y de la legislación napoleónica fue impuesta en Europa. La cuestión planteada por Hume permaneció oscura también en la cultura jurídica sucesiva: se llegó a considerar la *intime conviction*, desvinculada de los cánones de una lógica probatoria. Una tal idea podría ser considerada, en gran medida, la causa de la involución de la institución del jurado. En la misma Francia la reforma no resultó el remedio taumatúrgico a la intolerancia de los errores, causados por el sistema de pruebas legales vinculadas a la tortura. Y, por la heterogénesis de los fines, la *intime conviction* terminó siendo considerada compatible con un juez funcionario.

De estos eventos no resultó afectado, hasta fines del siglo XIX, el éxito de Montesquieu “filósofo del procedimiento”: su doctrina –relativa a las relaciones entre instituciones judiciales y formas de gobierno– alentó el uso del método histórico-comparativo en muchos de los sectores vinculados a la reforma del proceso penal. Uno de los temas privilegiados fue aquel del procedimiento de acusación: según Montesquieu la acusación privada corresponde a la república, y la acusación pública (confiada al *procureur du roi*) a la monarquía.

En Italia, la doctrina de Montesquieu se combinó fácilmente con la tradición viquiana: un ejemplo significativo es el del tercer libro de la *Scienza della legislazione* (1783) de Gaetano Filangieri, dedicado al derecho y al procedimiento penal. La aceptación del método no resultó, sin embargo, incompatible con la divergencia de las soluciones: la idea de encomendar la acusación a un *vengeur public* en la monarquía le parecía a Filangieri que subvertía “los más sanos principios de la política”.

Cierto es que tal problemática (proceso/formas de gobierno) –a través del binomio “Montesquieu-Filangieri”– se convirtió en un topos recurrente en la cultura jurídica europea hasta fines del siglo XIX. Baste recordar la obra de Carl Joseph Anton Mittermaier (1787-1867) en Alemania, el cual –según el viquiano Emerico Amari– entendió que “en la historia comparada de las leyes se manifieste un progreso del derecho de la Providencia preordenado”.

3. El viquismo procesal en Italia: el binomio “Vico-Genovesi”

Desde fines del signo XVIII, la doctrina italiana advirtió que el proceso inquisitorio debía ser atacado en sus presupuestos lógicos, que se anidaban en el “modo de pensar” del jurista: y, por lo tanto, la reforma de la educación del jurista parecía más importante que la de las instituciones. Bajo ese perfil, la *retórica* de Vico ejerció sobre los juristas una influencia correspondiente a aquella del *art de bien penser* en Francia: entre las dos obras existe una distancia que separa el método ramista-cartesiano respecto al método retórico-dialéctico. La revalorización del carácter argumentativo, crítico, justificativo del razonamiento judicial permitió construir una lógica de la convicción del juez, que evitaba los efectos perversos de las dos alternativas: la *aritmética de las pruebas* o la versión irracional de la *intime conviction*.

Un fundamental elemento de mediación fue la enseñanza de Antonio Genovesi, ligado a su *Ars logico-critica* (Neapoli, 1745): el

“nuevo método de la lógica” –como el autor declara en sus memorias autobiográficas– comprendía “materias que eran generalmente omitidas en este arte de filosofar. Esta tuvo una aprobación general en Italia”. Pero también en Alemania apareció una edición de la obra (*Coloniae Agrippinae*, 1753). El empeño pedagógico es evidenciado por el título de la sucesiva edición italiana (*Logica per i giovanetti*. I ed., 1766 [6 ed. 1818]), sobre la que se educaron generaciones de juristas. Según Genovesi, el estudio de la lógica –entendida como el “arte de pensar, razonar y disputar”– debe partir del análisis “de la naturaleza del alma humana, y de sus facultades y operaciones”. El arte de la disputa es vinculada con la teoría retórica de la controversia judicial: se ofrece un tratamiento original de la patología de la argumentación (que introduce nuevos sofismas: entre los cuales el argumento *ad verecundiam*, *ad ignorantiam*, etc.). La prueba de los “hechos” del pasado constituye un tema no desdeñable de una lógica que equipara el método historiográfico con el método judicial: la certeza moral se entiende como certeza histórica, o máxima probabilidad. La última parte de la Lógica de Genovesi se dedica al *arte ordenatoria* examinada en relación a los dos métodos: analítico y sintético. El arte lógico-analítico es, en realidad, un procedimiento del conocimiento, basado en la progresiva eliminación de los elementos irrelevantes: un tal método es la “Ciencia nueva”.

El binomio “Vico-Genovesi” determinó las condiciones culturales, que permitieron a la doctrina procesalista italiana –hacia fines del setecientos– el acceso a los problemas “filosóficos” y “lógicos” de la libre convicción del juez. Un elemento concomitante de presión fue el conocimiento directo del proceso inglés, facilitado por la traducción al francés de los *Commentaries* de William Blackstone. Aquél fue estudiado con el método histórico-comparado: la insistencia sobre las analogías con el carácter acusatorio del proceso romano traicionaba –más o menos conscientemente– la nostalgia por los valores isonómicos del *ordo iudicarius* medieval. En sus *Considerazioni sulla procedura criminale*

(1787) Mario Pagano define al procedimiento penal como “análisis judicial”, en un sentido lógico muy evidente para un alumno de Genovesi. La confutación es considerada la piedra de toque de la verdad: la confesión extraída de la tortura es la expresión del dolor, más no el indicio de la verdad. El conocimiento a través del testimonio humano presupone una investigación crítica sobre el interés de mentir: “la sola llamada de mil socios no puede producir la culpa moral”.

En la *Scienza della legislazione*, Gaetano Filangieri ataca el sistema de pruebas legales no solo por su iniquidad, sino sobre todo por su “absurda y pueril lógica” (Libro III, Parte I, cap. IX): la tortura era irracional como el procedimiento del duelo. La determinación de los cánones del intelecto, en relación a la prueba de la verdad de los hechos, debe tener presente que la certeza moral es una certeza histórica:

La certeza no es otra cosa que el estado de ánimo seguro de la verdad de una proposición, que atañe a la existencia de un hecho que no ha pasado bajo nuestros ojos. Ésta, como cualquier otra certeza, no está en la proposición, sino en el ánimo. Un hombre, pues, puede tener la certeza de la verdad de un hecho que es falso, él puede dudar de un hecho que es verdadero, él puede tener la certeza de algo sobre lo cual otros dudan, él puede dudar de los que otros consideran cierto (*ib.*, cap. XIII).

Sería “perniciosísima” la autoridad del juez si pudiese decidir solamente basándose en su certeza moral: ésta no es arbitraria, si se combina con los *cánones de la judicatura*. La ciencia de la legislación debería, en suma, “combinar la certeza moral del juez con la norma prescrita por el legislador, es decir, con el *criterio legal*”. Filangieri propone una lógica de pruebas negativas, que evidencia sorprendentes analogías con las “exclusionary rules” de la *law of evindence*: desde la “interest disqualification” hasta la “hearsay rule”.

La continuidad del binomio “Vico-Genovesi” persiste en la doctrina italiana del procedimiento penal del siglo XIX: los preceptos del procedimiento fueron considerados –como afirmó Nicola Nicolini– *preceptos de lógica*, en cuanto “el procedimiento nos da el termómetro exacto de la lógica de un pueblo”. En el área lombarda, la obra de Giandomenico Romagnosi merece particular atención, sobre todo en los campos de la filosofía del procedimiento penal y en el de la lógica probatoria, considerada – en un espíritu viquiano –en relación a la *civilidad [incivilimento]*: sus *Vedute fondamentali sull'arte logica* fueron preparadas, intencionalmente como un comentario a la *Logica* de Genovesi. También de acuerdo a Romagnosi –en el campo de la determinación histórica– la reglas probatorias pueden tener solamente un carácter negativo: “estamos constreñidos a confesar que no poseemos sino principios puramente *negativos*, y a tener que dejar el cálculo de las pruebas al sensato discernimiento y a la recta conciencia de los juzgadores, y a frenar solo los arbitrios con cautelas exteriores”.

Sobre la *lógica de las pruebas negativas* hay que llamar la atención: la doctrina procesalista encontró aquí la compensación a los riesgos de una versión de la *intime conviction*, cuyas implicaciones gnoseológicas resultaban oscuras. Ciertamente es que en la misma Francia la experiencia del jurado resultó, frente a los que entendía evitar, el peor de los males. El sucesivo trasplante en el continente de la versión francesa del *jury trial*, confirmó los daños producidos por la falta de conciencia de las relaciones entre la reforma de las instituciones y la “cultura del proceso”.

II. Perfiles lógicos

4. La vocación jurídica de la “ars inveniendi”: teoría de la controversia (status) y teoría de la prueba (argumentum)

Hasta la edad moderna la retórica –destinada a la educación del jurista– fue estructurándose como una *ars hermeneutica*, capaz de atraer la problemática del hecho, y de la prueba de los he-

chos, al área de la cualidad considerada en una perspectiva axiológica. La retórica resultó convertida en un método dialógico para controlar y reemplazar el conocimiento humano en el dominio de la *doxa* –o sea del razonamiento práctico– considerado en oposición al de la *episteme*. El ingreso en el género judicial –en el que son más incisivas y complejas las instancias de racionalidad y de moralidad en la comunicación intersubjetiva– nos obliga, por tanto, a recuperar el significado y la dimensión teórica, del debate clásico sobre las *partes rhetoricae* (“invención”, “disposición”, “elocución”, “pronunciación”, “memoria”). La distinción nunca ha hecho perder la conciencia de las relaciones de conexión entre las partes de la retórica, que tienen que operar en conjunto en la educación del jurista “orator”. La supervivencia misma del género judicial resulta vinculada a la afirmación de la *visión unitaria de la retórica*, que mantiene firme el nexo de nuestra disciplina no sólo con la filosofía, sino también con los otros capítulos de la teoría de la argumentación: como la dialéctica (o tópica) y la sofística. Un corolario es la afirmación del papel dominante del *ars inveniendi* “*princeps omnium partium in omni causarum genere*”. La historia, y la suerte, de la invención retórica es inseparable de aquella del proceso judicial, con la cual hasta la edad moderna convivió en una compleja relación de reacciones y adaptaciones: ella apareció como el modelo para la correcta utilización de la *facultas inveniendi*.

El fenómeno simbiótico que –a través de la mediación de la invención– ha vinculado la retórica clásica a las prácticas dominantes en la comunidad (y en particular al procedimiento), presupone relaciones e interferencias entre lógica, ética e instituciones. El paso a la controversia pone en marcha las operaciones sociales de la razón –a partir de los mecanismos del recuerdo y de la memoria– en una situación de movimiento que, en ausencia de un orden, degeneraría en la erística. El procedimiento ofrece la confianza en la existencia de técnicas de la razón práctica: la convicción auténtica –distinta de la mera persuasión– es ordenada por la

lógica de la invención. El terreno del procedimiento judicial no es el de la demostración científica, ni es el de la guerra: la búsqueda de una solución justa y razonable es una empresa que implica la cooperación –aunque involuntaria– de los participantes. Las técnicas de solución de la controversia presuponen el derecho: o sea, el acuerdo sobre las reglas, que resultan, sin embargo, relativas y controvertidas en el momento de la aplicación al hecho. En la duda que surge del enfrentamiento entre dos tesis, el contradictorio se presenta como el insustituible instrumento de información: las justificaciones apelan a los criterios de una lógica de la relevancia.

La retórica judicial presupone los valores lógicos y éticos de un orden isonómico, que hoy vinculamos a una idea de un debido procedimiento. Es necesario considerar algunos presupuestos:

- a) *aspectos lógicos y epistemológicos.*– El paso a una discusión dialéctica presupone: por un lado, un modelo epistemológico basado en la división del conocimiento y en la distinción de los papeles; por el otro, la sintonía entre el orden del pensamiento y el orden del discurso: entre la *ars inveniendi* y la *ars inventa disponendi*;
- b) *aspectos éticos.*– La retórica judicial constituye una prolongación y el contrapeso lógico de aquella rama de la filosofía moral –hace un tiempo llamada *philosophia practica*– que es la filosofía del derecho: la lógica de la controversia remite a la ética de la controversia.

La invención retórica aparece hoy como un relicto histórico difícilmente descifrable: y por tanto se nos escapan los problemas conexos a su definición como *excogitatio rerum verarum aut verisimilium, quae causam probabilem reddunt* (Cic., de inv. 1.7.9.) La primera causa de esta incomprensión debe buscarse en la herencia de una filosofía antiretórica –como la moderna– que había decretado la inutilización del *ars inveniendi* en el sector, en el que había convivido hasta ese momento: es decir, el procedimiento en los juicios. La esterilización de la vocación “jurídica” corre paralela

al fenómeno de la apropiación de la invención por parte de la lógica y de la poética.

A pesar del renacimiento de la retórica en el mundo contemporáneo, el problema del *ars inveniendi* ha sido replanteado en una versión reductiva y ambigua. La prevaleciente identificación con la *argumentatio* –es decir, con la teoría de los lugares y de las pruebas retóricas– no corresponde a la concepción clásica según la cual el *ars inventionis* es lógica de las relaciones entre la controversia y la prueba. “Hermagoras statum vocat per que, subiecta res intellegatur et ad quem etiam probationes partium referantur” (Quint., i.o., VI 4.4). La reducción de la complejidad es confiada a la *preventiva* definición del *status controversiae*, es decir, de un “centro de argumentación” respecto al cual la argumentación probatoria tiene un rol subalterno. La inteligibilidad de la naturaleza de la controversia (an sit, quid sitm quale sit) es el presupuesto para la correcta utilización de la información fáctica en la discusión dialéctica. La distinción entre los dos momentos lógicos es el perno del *ars inveniendi* que opera selectivamente como un dique contra el abuso de la argumentación: es decir, como lógica de la relevancia. La problemática nos lleva al centro de un procedimiento que atrae en una lógica relacional la “quaestio facti”: pero la lógica del hecho –y de la prueba de los hechos– resulta más compleja en la verdad práctica respecto a la verdad teórica. De un lado los “hechos” tienen una naturaleza dinámica, controversial en cuanto interesan en su configuración cualitativa: la confutación y excepción tienen una función vital, insustituible. De otro lado, aquellos pertenecen al pasado: respecto a un evento histórico es posible solo el recurso a los procedimientos de justificación.

La doctrina clásica del *ars inveniendi* se articula en dos capítulos: teoría de la controversia (*status*) y teoría de la prueba (*argumentatio*). Por el contrario, la versión contemporánea –ampliamente difundida entre los mismos estudiosos de la retórica– parece haber recuperado a medias este aparato lógico: ha sido replanteada la concepción argumentativa de la prueba, aislada de

la teoría de la formación de las cuestiones. El papel dominante del *thema decidendum* es así convertido en un dato pasivo, que emerge de la argumentación probatoria. En tal concepción –en la que resulta problemática la distinción entre tema de prueba y medios de prueba– aparece latente un residuo del concepto moderno de la prueba, considerada como paso del hecho conocido al hecho desconocido: de los *facta probantia* al *thema probandum*.

La restauración de la primacía de la “invención” impone el regreso a una visión unitaria de las *partes rhetoricae*: ellas no deben ser consideradas aisladamente, sino en las relaciones de distinción/conexión con los estados que preceden y los que siguen. La estática del complejo edificio de la retórica –en el cual se insertan sus varias partes – se apoyaba en los sólidos cimientos del *ars inventio*nis. La invención, en suma, tiene un carácter introductorio respecto a los otros capítulos de la retórica: ella ofrece a las partes –antes que al juez– los instrumentos conceptuales y clasificatorios conexos a la lógica del descubrimiento. Ella corresponde al primer estadio de la racionalidad argumentativa en el cual la parte –deliberando consigo misma– construye un cuadro de relaciones, representándose confutaciones y excepciones de la contraparte.

La recuperación de la lógica de la invención nos permitiría replantear el estatuto de la retórica como *ars hermeneutica*: es decir, como lógica del juicio capaz de atraer la problemática del “hecho” en el área de la cualidad. Verdadero y falso no representan los únicos valores de los enunciados: en el juicio sobre la relevancia está implícito el de su oportunidad, relativo a las consecuencias de una decisión práctica. El procedimiento de la *inventio* apunta a develar la complejidad de la controversia, individualizando y distinguiendo los varios tipos de desacuerdo. Sobre la base de estos presupuestos se ha clarificado la diferente naturaleza de los discursos relativos a la relevancia del problema (*thema decidendum*) y a la relevancia de la argumentación (*facta probantia*). Pero la primacía de la invención no debe oscurecer el papel de las otras partes de la retórica en la organización del discurso.

La invención ofrecería un saber meramente privado, sin acudir a los medios expresivos: estrecha es la relación de complementariedad entre el orden en la adquisición del conocimiento (*ars inventionis*) y el orden en la comunicación del conocimiento (*ars inventa disponendi*). La atención reservada a las técnicas de narración corresponde a exigencias lógicas más que de estilo: el modo con el cual los hechos penetran en la ciudadela del juicio práctico es irreducible a una mera información empírica.

5. La controversia como “cuestión mixta”: la retórica como lógica de los hechos relacionales (“in ordine ad ius”)

En la edad moderna la trasfiguración de la *ars inveniendi* ha empobrecido la configuración de la lógica judicial, reducida a un “cálculo” silogístico encomendado a las operaciones solitarias de la mente del juez. El dogma de la contraposición entre cuestión de hecho y cuestión de derecho constituye una simplificación llena de riesgos: *prueba de los hechos e interpretación de la ley parecen pertenecer a mundos incomunicables*. En la premisa menor el “hecho” tiene una mera dimensión empírica, como un dato externo que el juez tiene que reconstruir en su globalidad. La relación de causalidad –con la cual en la concepción moderna de la prueba se configura el *paso del hecho conocido al hecho desconocido*– atrae el tema de la prueba en el ámbito de la cuestión de hecho, haciendo precaria su distinción respecto a los medios de prueba. La automatización de la “*quaestio facti*” –marginalizando la función selectiva de la “*quaestio iuris*” que es esencial en la argumentación– favorece el ensanchamiento de la investigación a temas irrelevantes hasta el punto de convertir en incontrolable la racionalidad de la convicción del juez. La aplicación de la regla al caso aparece como una misteriosa superposición al supuesto de hecho legal al supuesto de hecho concreto: pero, ¿cómo ocurre en el juicio el paso de los hechos a las normas, del ser al deber ser?

La distinción entre cuestión de derecho y cuestión de hecho –que encuentra su prehistoria en la lógica abelardiana y ramística– ha sido radicalizada por la lógica de Port Royal. La epistemología –de la que está impregnada el modelo positivista– parece construir un obstáculo para penetrar al interior de los problemas de la controversia judicial. De la reducción de la teoría del conocimiento a la teoría de la ciencia, derivan algunos corolarios: distinción entre lógica y ética, entre hecho y valor, entre cuestión de hecho y cuestión de derecho. Pero si nos quedamos detenidos en la enseñanza de David Hume –según el cual el papel de la razón está limitado a la investigación empírica o al cálculo– no logramos comprender la fenomenología de la aplicación de la regla al hecho.

En nuestro siglo, el ataque contra el silogismo judicial ha resultado benéfico, en la medida en la cual se desacreditó la concepción de la verdad como correspondencia: ha sido abierto el camino a la relatividad de la noción de hecho. Sobre el *fact-skepticism*, terminan encontrándose tanto las corrientes anti-formalistas como las formalistas: pero no se ofrecen soluciones aceptables en la *pars construens*. Paradójicamente los críticos han terminado por radicalizar algunos postulados de la concepción que pretendían haber desmantelado: de un lado, la expulsión del hecho de la hermenéutica jurídica, y, por el otro lado, el orden asimétrico del proceso. Si –como afirman las corrientes del realismo jurídico– “the facts are not data, are made”, la posibilidad misma de una lógica del hecho queda excluida.

Para nuestros fines merece mayor atención el ataque de la teoría pura del derecho, según la cual el nexo entre hecho y consecuencia jurídica tiene que ser comprendido solo en términos de “deber ser”: el supuesto de hecho, en suma, no puede pretender un valor autónomo independiente de aquel de la norma. En esta concepción –según la cual la decisión sobre el hecho no es un acto de conocimiento, sino de voluntad– se anidaban aún residuos del prejuicio naturalista: no era posible deshacerse de la existencia de un “hecho” en su fenomenología, aunque considerado como un

dato puramente pasivo y jurídicamente irrelevante. La clarificación a la cual llegó la doctrina kelseniana –es decir, que el juez “crea” los hechos– llama a la memoria la concepción suareciana de la *veritas in re operabili*, anclada en una metafísica de la creación. Aquella resulta compatible con un proceso radicalmente inquisitorio, sin comunicación y sin diálogo.

En la argumentación, los hechos no son ni un dato objetivo y externo respecto al conocimiento del juez y tampoco son “creados” por el juez mismo: la controversia es una “cuestión mixta”. La dimensión de la temporalidad impide separar los juicios sobre la existencia de los hechos respecto a los juicios interpretativos: los hechos –en cuanto eventos históricos (res gestae)– pertenecen al pasado, la prueba de los hechos ocurre en el presente, las reglas están orientadas hacia el futuro. Ninguna información puede encontrar entrada si no es reconducible a estructuras meta-fácticas: en una primera aproximación podríamos afirmar que los hechos son siempre “hechos relacionales” (in ordine ad ius). La retórica judicial podría ofrecer a la reflexión contemporánea una vía para recorrer: aquella es una lógica de las relaciones, aunque con un significado débil.

La configuración de la controversia como “cuestión mixta” – propuesta por la retórica judicial– podría constituir una válida alternativa respecto a los partidarios y a los críticos de la “mechanical jurisprudence”. Aquella nos permite huir del prejuicio naturalista del hecho como objeto externo a probar, sin incurrir en la más insidiosa atracción de esta problemática en la precomprensión del juez. La atracción del hecho al área de la cualidad nos permite descubrir el sutil hilo que –en la argumentación judicial– vincula, en un círculo, la cuestión de hecho a la cuestión de derecho:

- a) La cuestión de derecho resulta condicionada a las circunstancias que han dado lugar a la controversia, a la naturaleza de la confutación, a la consideración de las consecuencias de la decisión. Se impone, por tanto, un

trabajo de corrección y de rectificación de las reglas en relación a la naturaleza del hecho: la aplicación mecánica nos haría incurrir en la falacia del accidente.

- b) La cuestión de hecho (*an sit*) siempre es interdependiente con cuestiones de definición (*quid sit*) y de cualidad (*quale sit*): no interesa la verdad de los hechos en sí, sino su utilización en relación a las situaciones argumentativas.

La retórica desconfía de la hegemonía del conocimiento del juez –y de su suplencia– en la cuestión de hecho: la adaptación de las reglas al supuesto de hecho concreto se realiza a través de la mediación de aquella construcción de la razón práctica, a la que se dio el nombre de *constitutio causae*. El regreso a la problemática de la teoría de la formación de las cuestiones –que es central en la retórica judicial– se presenta actual, en cuanto nos ofrece un modelo de procedimiento para la reducción de la complejidad en un sector ignorado por la lógica: es decir, aquel de las relaciones entre reglas, de las relaciones entre hechos, de las relaciones entre reglas y hechos. Por tanto, nuestra terminología (*quaestio iuris, quaestio facti, thema probandum*) tiene en común solo el nombre con aquella utilizada en los sistemas jurídicos, cuyo procedimiento ha mutuado las técnicas del *ars inveniendi*: como el derecho medioeval o el *common law*.

El recurso a la metáfora del “tejido” podría ser útil para penetrar en la doctrina retórica de los hechos relacionales, presu- puesta en la definición hermagoriana: “Hermagoras statum vocat, per quem subiecta res intellegatur et ad quem probationes etiam partium referantur” (Quint. 3.6.21).” Los hechos constitutivos (*status causae*) representan –respecto a los hechos probatorios (*argumentatio*)– la urdimbre destinada a entrelazarse con la trama. Quedando en el plano clasificatorio y didáctico de la teoría de los *status controversiae*, la lógica de la formación de las cuestiones arriesgaría de ser malentendida. Podríamos simplistamente con-

siderar que la determinación del *status* (*fecisti/no feci*, o *iure feci*) constituya el punto de partida de la argumentación, poniendo entre paréntesis la dialéctica entre el papel del juez y el papel de las partes.

La *constitutio causae* –es decir, la formación de la cuestión– presupone el *entramado de la invención con las técnicas narrativas*: es decir, el paso de la situación estática de la “invención” a la situación dinámica de la “disposición” peculiar de la controversia judicial. La continuidad entre estos momentos no resultaría posible, si no hubiese en ella una identidad de estructura. La narración de las partes constituye el primer e indispensable anillo en una cadena de juicios, respecto a los cuales la *constitutio causae* se presenta como el resultado de un trabajo preparatorio de corrección y de rectificación. En la “narración” la contraposición *quaestio facti/quaestio iuris* –entendida en sentido fuerte– es reemplazada por la distinción entre dos categorías autónomas de hechos relacionales, que corresponden a la bipartición *narratio causae* (hechos constitutivos)/*narratio rerum ad causam pertinentium* (hechos probatorios). En el movimiento de opuestas hipótesis narrativas la formación de las cuestiones procede –en el contradictorio y con el control del juez– a través de una combinación de negaciones, excepciones y confutaciones. La preventiva definición del contexto argumentativo limita el área de conflicto: aquella permite excluir las pruebas irrelevantes.

6. La relación de distinción-conexión entre prueba retórica y prueba lógico-científica

La tesis de la especificidad de la prueba en la argumentación –reafirmada por la nueva retórica– ha resultado transfigurada por los malentendidos de los críticos a partir de la edad moderna, cuando la lógica se ha apropiado del *ars inveniendi*. A tal tesis ha sido impuesto un significado peyorativo, ajeno a la versión original: se ha pretendido obtener el corolario de una fractura entre el mundo de la persuasión y el mundo del conocimiento. Por el con-

trario, *la prueba retorica es una prueba racional*: una auténtica convicción –distinta de la mera opinión– depende muchas veces de la correcta respuesta a cuestiones de hecho, en el sentido de la investigación empírica, o a cuestiones científicas. La prueba retórica, en suma, resulta lejana de los dos extremos: por un lado, la erística que reduce el hecho a una opinión, y por el otro, el cientificismo que homogeniza la prueba argumentativa a la demostrativa. Como primer paso para reconstruir el verdadero significado de su autonomía, deberíamos reflexionar sobre dos tesis, que se vinculan con la tradición clásica. La prueba retórica en efecto:

- a) por un lado, constituye el fundamental baluarte contra las insidias del dogmatismo de la evidencia, que excluye el contradictorio. La autonomía de la verdad práctica – respecto a la verdad teórica– encuentra su primera garantía en la distinción entre la prueba retorica (como *argumentum*) y la prueba lógico-científica (como *ratio* o *experimentum*);
- b) por el otro lado, es capaz de servirse –sin ser sometida– de las múltiples formas de conocimiento humano: desde el sensorial, como en el caso del testimonio, hasta el lógico científico.

De la incompetencia de las pruebas demostrativas en la argumentación, no se deduce pues su inutilidad: no es casual que los grandes maestros de retórica hayan sido también maestros de lógica. La prueba retórica resultaría vana, si de las pruebas *lato sensu* inartificiales no recibiese sus contenidos: aquella remite pues a un estudio interdisciplinario. El juez –al igual que el abogado– no debe ignorar las pruebas de la lógica, de la ciencia, de la experiencia: pero en la consciencia de los límites, y de los riesgos, conexos a la utilización de ese conocimiento en la concreta situación argumentativa. *La prueba demostrativa no es de por sí una prueba del razonamiento práctico*: pero puede convertirse, si supera el test del control sobre la relevancia. La utilización de las

pruebas demostrativas en la argumentación plantea problemas, que son ajenos a la racionalidad lógico-científica.

Una retórica “correspondiente a la dialéctica” individualiza no solo las relaciones de distinción –sino también las de conexión– respecto a los varios géneros de prueba: a partir de los lugares de la tópica, que son comunes al dialéctico y al orador. El método confutatorio elimina analogías *irrelevantes* y consecuencias absurdas. Arriesgamos, por tanto, comprender a medias la teoría aristotélica de la prueba retórica, ignorando *los ejemplos de utilización “dialéctica” de las pruebas obtenidas de las ciencias y las artes –como la aritmética, la medicina y la música– en el razonamiento moral y político que viene conducido con método tópico*. La extensión de las pruebas inartificiales –más allá de los casos contemplados por el género judicial– ofrece materia de reflexión en un plano general. El razonamiento retórico no es el pariente pobre del lógico, pero es más complejo: la aplicación mecánica de una prueba demostrativa o probabilística (*id quod plerumque accidit*) está no solo contra la lógica, sino también contra la ética del diálogo. La inferencia en la argumentación no coincide con la inferencia en la ciencia, pero no es independiente de ella: la primera tiene que ver con la *relevancia*, la segunda con la *verdad* o la *conclusencia* de los hechos probatorios. La delicada relación de convivencia entre prueba argumentativa y prueba demostrativa se corrompe si vienen cruzadas las esferas de los diferentes puntos de vista.

La lógica de la relevancia hunde sus raíces en la sofística, entendida como teoría de las falsas relaciones en la argumentación: la insidia del error excluye algunas vías de la investigación. En el *ordo iudicarius* medioeval, la sofística fue utilizada y adaptada en relación a la más desconfiable de las pruebas inartificiales, o sea el testimonio humano. La narración del testigo –como la del perito– fue limitada a la comunicación de un conocimiento sensorial (*de visu*): en efecto, el paso del “hecho percibido” al “hecho deducido”, representa el ingreso en el razonamiento práctico. La teoría de la relevancia de la prueba (*articulus impertinens non est admitten-*

du) es un catálogo de reglas de exclusión, que presupone un estudio interdisciplinario: por ejemplo, la prohibición del testimonio *de auditu* encuentra su fundamento en la sofística, en la psicología, en la ética. Bajo tal perfil es actual el método, no las soluciones, del proceso común europeo: en cualquier época el problema de las reglas de exclusión debe ser revisado y remeditado a la luz del progreso científico y de la mutación de los valores.

La prueba retórica presupone, pues, una hermenéutica capaz de dialogar con las pruebas de la ciencia: respecto a éstas, el papel de la retórica no es degradado a un servil *art of transmitting*, en el sentido baconiano. El aparato lógico de la comunicación intersubjetiva no corresponde a la estructura de la información fáctica o científica. Esta es indispensable, pero debe subordinarse al contexto argumentativo del cual recibe su significado: la admisión de pruebas irrelevantes haría penetrar subrepticamente cuestiones irrelevantes. En ausencia de una lógica de la selección la discusión dialéctica se convertiría en una contienda erística. El problema de la prueba retórica remite pues al del error en el razonamiento práctico.

Conclusión: la regla de oro del ordo iudiciarius

En un modelo puro de proceso isonómico –como el *ordo* medioeval– la separación entre el *ordo quaestionum* y el *ordo probationum* pareció la terapia fundamental para la reducción de la complejidad: en la primera fase el *modus procedendi* fue común al proceso civil y al proceso penal. El *principio de selección* encuentra su formulación en una regla áurea, configurada en los términos negativos de una prohibición lógica: “*Ut lite non contestata non procedatur ad testium receptionem vel ad sententiam diffinitivam*”. La “*litis contestatio*” constituye el “*fundamentum litis*” en cuanto perno fundamental de la rigurosa distinción entre tema de la prueba y medios de la prueba, entre hechos constitutivos y hechos probatorios: la confusión pervertiría la controversia en una contienda erística. La preventiva definición de los hechos constituti-

vos presupone la cooperación inconsciente de las partes –bajo el control del juez– en el contradictorio: “Contestatio litis tunc dicitur cum iudex per narrationem et responsionem causam audire coeperit”. La lógica de la *litis contestatio* hunde sus raíces en las técnicas retóricas de la formación de las cuestiones (*constitutio causae*). Pero en el proceso, el paso a una auténtica discusión dialéctica impone el recurso a mayores cautelas: es más elevado el costo –individual y social– del abuso, del fraude, del error.

La construcción del instituto de la *litis contestatio* resultó sólidamente delineada en una consciente relación de interferencias y equilibrios entre valores lógicos, éticos e institucionales:

- a) *valor lógico*.– Si la fase probatoria no hubiese precluido hasta el momento de la contestación de la litis –destinada a definir el *status controversiae*– la libertad de las partes en la presentación de los “hechos” degeneraría en la anarquía gnoseológica: y por tanto el abuso del proceso resultaría incontrolable. Pese al regreso de los motivos más válidos de la teoría retórica de la controversia, la doctrina de la *litis contestatio* revela un salto de cualidad. Mientras en la argumentación retórica la determinación del *status controversiae* aparece como el punto de partida de la discusión dialéctica, en el proceso la *litis contestatio* constituye el fatigoso punto de llegada de una fase preliminar y autónoma respecto la del juicio.
- b) *valores éticos*.– El principio de selección no solo corresponde al orden lógico del conocimiento de los hechos, sino también constituye un freno al abuso del proceso. En efecto, la confusión entre hechos constitutivos y hechos probatorios incide en el derecho de defensa de la contraparte: aquella termina subrepticamente por introducir temas de prueba, cuya relevancia no ha sido preliminarmente verificada en el contradictorio. Hay

una conciencia de la interdependencia entre reglas lógicas y reglas éticas, en la lógica del diálogo: no solo las partes sino también los abogados –mediante el juramento *de calumnia*– se obligan a abstenerse de maniobras capciosas y fraudulentas.

- c) *aspectos institucionales*.– El principio de selección (Ut lite no contestata, non procedatur ad testium receptionem) no es una regla de automática aplicación: es el banco de prueba de la “profesionalidad” de un juez, cuyo papel es neutral, pero no pasivo. El fraccionamiento del proceso en dos etapas autónomas (*ante litem contestatam/post litem contestatam*) es el instrumento institucional destinado a garantizar la rigurosa distinción entre hechos constitutivos y hechos probatorios.
- 1) Fase *ante litem contestatam*.– El carácter preclusivo de este estadio, relativo a la *praeparatoria iudicii*, no encuentra comparación en los regulación retórica. La individualización del tema de la prueba es determinada por el tipo de defensa y de excepciones propuestas por las partes: *merita enim causarum partium assertione panduntur*. Entran en esta fase preliminar: a) las *exceptiones dilatoriae* (tanto las “*declinatoriae iudicii*” como las “*dilatoriae solutionis*”); b) las *quaestiones incidentes* (relativas al conflicto entre cuestiones). Un instrumento fundamental resultó la institución de las *interrogationes ante litem contestatam*, a través de las cuales las partes proponen recíprocamente algunas cuestiones “iudice audiente”; su finalidad no es la prueba, sino más bien la precisión los hechos constitutivos: ellas son *praeparatoriae institutionis (actionis) et sine eis actio instituti nequit*.

- 2) Fase *post litem contestatam*.– El efecto fundamental de la *litis contestatio* es el paso a la fase probatoria, de la cual se ha determinado el área de relevancia: “ut testes recipiantur, quos ante litem contestatam fieri non potest”. Las interrogaciones *post litem contestatam* – a diferencia de las otras – apuntan a obtener la confesión de la contraparte.

En el derecho continental el fenómeno de la involución de nuestro instituto se manifiesta –a partir de la segunda mitad del XIII siglo– en sintonía con el de sus matrices culturales: en la edad moderna la lógica de la *litis contestatio* resultaba ya incompatible con una atmósfera cultural antiretórica. El reconocimiento de la autonomía de la *quaestio facti* respecto a la *quaestio iuris* ha eliminado el principio de selección: se fue construyendo el opuesto principio de concentración según el cual, la “*quaestio facti est in arbitrio iudicis*”.

Bibliografía

Para la profundización de la problemática, remitimos a nuestros precedentes trabajos:

- 1961 *La prova: contributo alla logica giuridica*. Milán: Giuffrè.
- 1966 *La controversia: contributo alla logica giuridica*. Studi nelle scienze giuridiche e sociali dell’Università di Pavia. N° 143. Pavia: Pubblicazioni dell’Università di Pavia.
- 1968 “La logique de la controverse chez les Romanistes du XIIème et du XIIIème siècle”. *Studia et documenta historiae et iuris*. N° 34, pp. 223-248.
- 1988 “Prova (filosofía del diritto)”. En *Enciclopedia del diritto*. Volumen XXXVII. Milán: Giuffrè, pp. 519-579.
- 1991 “Les “règles de la discussion légitime” dans la logique de Port Royal”. *Argumentation*. N° 5, pp. 263-273.
- 1992 “Leibniz e la teoria dei fatti relazionali”. *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, pp. 253-267.
- 1992/93 “La filosofía del proceso in Vico ed il suo influsso in Germania”. *Bollettino del Centro di Studi Vichiani*. N° 22-23, pp. 345-368.

- 1994 “Dalla ‘litis contestatio’ al ‘pleading-system’”. En *L'educazione giuridica*. Volumen VI. Tomo 2, pp. 205-219.
- 1995 “Le rôle du fait dans la controverse (à propos du binôme ‘rhétorique-procédure judiciaire’)”. *Archives de philosophie du droit*. Volumen 39, pp.229-237.

Revista de la Maestría en Derecho Procesal

ISSN 2072-7976

<http://revistas.pucp.edu.pe/derechoprocesal>

**Correo electrónico:
revista.derechoprocesal@pucp.pe**