

# Giuliani: Proceso y racionalidad. La relación jurídica procesal «dialéctica»\*

## Giuliani: Process and Rationality. The «Dialectical» Procedural Legal Relationship

Nicolás Jorge Negri

**Autor:**

Nicolás Jorge Negri  
Universidad Nacional de La Plata, Argentina  
niconegri@hotmail.com

**Recibido:** 23-4-2020

**Aceptado:** 26-10-2020

**Citar como:**

Negri, Nicolás Jorge, (2021). Giuliani: Proceso y racionalidad. La relación jurídica procesal «dialéctica». Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, 44, pp. 499-519. <https://doi.org/10.14198/DOXA2021.44.20>

**Licencia:**

Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional.



© Nicolás Jorge Negri

### Resumen

De acuerdo con las exigencias actuales del Estado de Derecho constitucional y democrático, el estudio del proceso judicial exige una consideración especial en los aspectos lógicos y racionales del procedimiento, de modo tal que las prácticas forenses se correspondan con la naturaleza más profunda y propia de la relación jurídica procesal. Alessandro Giuliani nos muestra, con bases científicas e históricas, que desde sus orígenes antiguos y medievales, junto con los últimos aportes de la dogmática moderna, el proceso tradicional tiene una naturaleza verdaderamente dialéctica, que él mismo denomina como «controversia», que se corresponde con el modo en que interactúan las partes y el tribunal, y que tiene –a la vez– una fuerte interrelación con la ética y la política.

**Palabras clave:** argumentación; derecho procesal; proceso civil; relación jurídica; dialéctica; controversia.

### Abstract

In accordance with the current requirements of the Rule of Law, the study of the judicial process requires special consideration in the logical and rational aspects of the procedure, so that forensic practices correspond to the deepest and proper nature of the procedural legal relationship. Alessandro Giuliani shows us, with scientific and historical bases, that since its ancient, medieval origins and the latest contributions of modernity that the traditional process has a truly dialectical nature, which he calls «controversy», which corresponds to the way in which the parties and the court interact, and which has –at the same time– a strong interrelation with ethics and politics.

\* Agradezco los aportes y colaboraciones prestadas por mis estimados colegas Martín Oteiza y Mariano S. Fernández.

**Keywords:** Argumentation; Procedural Law; Civil Process; Legal Relationship; Dialectics; Controversy.

## I. INTRODUCCIÓN

### 1. Argumentación jurídica y derecho procesal

La argumentación jurídica es un saber teórico-práctico que presenta múltiples puntos de contacto y de interrelación con otras asignaturas del Derecho; puede decirse que constituye una disciplina «transversal». Entre las materias con las que la argumentación guarda una estrecha afinidad, por su cercanía con la praxis y con la técnica, es el derecho procesal<sup>1</sup>.

El procesalista, como todo científico del Derecho, se desarrolla en el ámbito de la dogmática jurídica; a veces procura trascender el marco disciplinar incursionando en el campo de la filosofía jurídica o en la teoría del derecho, quizás en la elucidación de los conceptos jurídicos fundamentales (v.gr., relación jurídica, interés, acto jurídico, etc.), pero como jurista no soslaya –o no debería hacerlo– su interés por la práctica; no solo por el conocimiento de los requisitos de los actos procesales, sino –por sobre todas las cosas– por las destrezas o habilidades que requieren para llevarlos a cabo en un proceso judicial (v.gr., la demanda, la defensa, el alegato, la apelación, etc.).

Alessandro Giuliani es un pensador «clásico», en el sentido tradicional de esta expresión, que desarrolló su vida académica en Italia en la segunda mitad del siglo xx, con un vasto saber que nos permitirá desvelar algunos de los puntos neurálgicos tanto de la concepción argumentativa del Derecho –a la cual suscribo– como del derecho procesal civil. Pero antes de avanzar, es menester poner de relieve qué entendemos –someramente– por estas instituciones.

En primer lugar, por «concepción argumentativa» se considera aquella concepción del derecho<sup>2</sup> según la cual la *argumentación* es un elemento importante de la experiencia jurídica, por cuanto se halla presente en las diferentes actividades del derecho: la aplicación, la interpretación y producción, y en los distintos oficios del jurista: abogado, juez, legislador, etc., y –además– porque la perspectiva de la argumentación permite entender muchos aspectos del Derecho y de su teoría, brindando instrumentos idóneos

1. La teoría enseña a conocer, la práctica a hacer y la técnica consiste en un saber hacer. Con relación al derecho, muchos han dicho que un arte, el «arte del derecho».

2. Atienza considera que una concepción del derecho debe dar respuesta a una serie, más o menos articulada, de cuestiones básicas en relación con el derecho, a saber: 1) cuáles son sus componentes básicos; 2) qué se entiende por derecho válido y cómo se trazan los límites entre el derecho y el no derecho; 3) qué relación guarda el derecho con la moral y con el poder; 4) qué funciones cumple el derecho, qué objetivos y valores deben –o pueden– alcanzarse con él; 5) cómo puede conocerse el derecho, de qué manera puede construirse el conocimiento jurídico; 6) cómo se entienden las operaciones de producción, interpretación y aplicación del derecho; y algunas otras más (ATIENZA, 2006: 19-20; 2013: 21).

para operar *con sentido* en el ámbito jurídico, particularmente en los sistemas de los Estados constitucionales<sup>3</sup>.

En segundo lugar, por derecho procesal se entiende aquella disciplina jurídica elaborada en torno a tres conceptos fundamentales (acción, jurisdicción y proceso<sup>4</sup>), y que aborda el estudio –principalmente– del conjunto de normas e instituciones jurídicas que regulan la actividad jurisdiccional del Estado<sup>5</sup>.

Sentadas estas nociones introductorias, a continuación se profundizará la idea de proceso sobre la cual indagaremos la posibilidad de una interesante convergencia entre estas disciplinas (argumentación y procesal) a luz del pensamiento de Giuliani.

## 2. Naturaleza del «proceso»

Sobre *lo qué es el proceso* se han elaborado numerosas y diversas ideas que intentan elucidar su concepto, determinando su naturaleza, características y funciones (o fines)<sup>6</sup>.

En el derecho procesal, algunos autores se interesan por explicar el proceso judicial desde una perspectiva más «racional» (lógica en sentido amplio<sup>7</sup>) y, a la vez, más «realista» (en cuanto relativa a la experiencia), con fundamentos que se remiten –en última instancia– a las prácticas forenses de la tradición occidental y a la realidad humana y jurídica<sup>8</sup>, en la cual se ubica nuestro autor de referencia en este trabajo (Alessandro Giuliani).

Dentro de esta visión nos interesa destacar aquí aquellas que han aspirado a desenrañar el modo en que se vinculan, racionalmente, los sujetos (las partes y el juez), desde el inicio hasta la culminación del procedimiento, pero no en orden a lo meramente conceptual o formal, sino a la materialización real de los actos procesales, vale decir, a su concretización en el proceso judicial. En este sentido, no bastaría con indicar la tesis suscripta acerca del proceso (por ejemplo, la doctrina de la «relación jurídica»), habida cuenta que el carácter abstracto y general del concepto de relación jurídica (si seguimos con este ejemplo) neutralizará la «sustancia» propia del proceso y el modo en que el mismo «se desarrolla paso a paso». Si bien se considera que ha sido loable la tesis de von Bülow, en cuanto a la labor de sistematizar la tesis de la relación jurídica

3. ATIENZA, 2006: 11-15; 2013: 12-13 y 19; 2017: 16. GRAJALES - NEGRI, 2018: 56-57.

4. PODETTI, 1973: 15 y ss. MORELLO, 2001: 112, 134 y 142. Vid. LASCANO: 1946, 380.

5. CALAMANDREI, 1962: 291. ALCALÁ-ZAMORA - CASTILLO y LEVENE, 1945: 25. GUASP, 1948: 36.

6. Vid., ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, 2018 (1947), 103 y ss. COUTURE, 1958: 145 y ss.

7. La palabra «lógica», entendida en su derivación del término griego *logos*, que significa palabra, discurso, razón, etc., y que, filosóficamente, implica «lo inteligible», «aquello que hace inteligible a la realidad» (GHIRARDI, 1983: 14; cfr. BOBBIO, 1968: 24. KALINOWSKI, 1973: 145. TARUFFO, 2006: 114-116).

8. CARNELUTTI, 1944, I: 1; id., 1956: 1. El maestro italiano aclara que: «El proceso civil (...) es, no sólo un sector de la *realidad*, sino también de la *actividad*, entendida como realidad determinada por la acción (humana)». El proceso, en general, y el proceso civil en especial, es una actividad de las partes y de jueces, que a su vez es objeto de otra actividad, de los juristas en cuanto hacen dogmática jurídica: el derecho procesal civil, y éste es una sección del resto de la realidad jurídica, que está indisolublemente conexas a él (cfr. CARNELUTTI, I, 1944: 4-5). Vid. CAPPELLETTI, 2006: 31, 34, 53-54, 69-70 y 74-87. TARUFFO, 2002: 21 y ss. OTEIZA, 2018: 29.

procesal, lo cierto es que dicha elaboración no habría escapado del conceptualismo o cientificismo neutro de la pandectística<sup>9</sup>.

De ahí que uno de los asuntos medulares del derecho procesal actual siga siendo determinar los elementos que –mediante esta creación jurídica– deben ser abstraídos y cuáles no de esta noción tan fundamental (la de *proceso*); para no excluir del estudio o del análisis de la ciencia procesal aquellos aspectos lógicos relativos al rol de los sujetos procesales y las actividades que los mismos despliegan en orden a la resolución justa y razonable de la litis<sup>10</sup>.

### 3. La impronta de Giuliani: argumentación y proceso enfocados hacia la *praxis*

El profesor de la Universidad de Pavía –en un comienzo, luego también de Perugia– nos presenta una perspectiva peculiar acerca de los elementos definitorios del proceso. Ella obedece a su forma de pensar el derecho (humanista y clásico), y consiste en la búsqueda continua de una convergencia de una serie de elementos dialécticos, éticos y políticos sintetizados en una idea madre: la *controversia*, la cual se halla asociada a la tutela de los derechos fundamentales y a la legitimidad de la jurisdicción en el Estado de Derecho, fundada –en su opinión– en la efectiva participación de las partes en la formación de la decisión judicial<sup>11</sup>.

En este breve ensayo, se procurará redescubrir algunas de sus enseñanzas relativas –precisamente– a los aspectos dialógicos-rationales de las prácticas forenses, en cuanto acciones humanas y no como meras construcciones dogmáticas; es decir, no como conceptos o formas lógicas «puras», elaboradas a partir de axiomas incuestionables, sino entendidas –o comprendidas– desde las circunstancias y condicionamientos culturales (sean éticos, políticos, económicos, sociales, etc.), que influyen en las personas, en las normas, principios e instituciones, para describir –y prescribir– adecuadamente el fenómeno jurídico en cuestión<sup>12</sup>.

Estas primeras pinceladas de su pensamiento, pueden vislumbrar una visión del proceso más próxima a la experiencia jurídica, puesto que –como lo han dicho los grandes maestros italianos– para *saber y ejercer* el derecho procesal no basta con estudiar –dice Carnelutti– el «código de procedimiento» (normas, principios, instituciones), sino que es necesario también que el «estudioso vea jueces y partes, sentencias y pruebas»,

9. BÜLOW, 1964: 1-6. FAZZALARI, 1987: 821. MARINONI - PÉREZ RAGONE - NÚÑEZ OJEDA, 2010: 344-346 y 359. Vid. ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, 2018: 126-127).

10. GARCÍA AMADO, 2010: 58 y ss. GRAJALES - NEGRI, 2014: 176-177.

11. MARINONI - PÉREZ RAGONE - NÚÑEZ OJEDA, 2010: 360 y ss.).

12. GIULIANI, 1954; id., 1957. En estas obras, Giuliani propone no perder de vista las acciones humanas, y junto con ellas, las elecciones de valores y las creencias que las mismas conllevan. «No debemos olvidar que el derecho es una formación práctica, fruto de la colaboración y la cooperación, de decisiones individuales y acciones individuales, que no están aisladas sino mutuamente condicionadas y conectadas» (GIULIANI, 1954: 206; cfr. MORELLO, 2001: 140).

para conocer de esta forma la realidad jurídica en todas sus complejas y verdaderas dimensiones<sup>13</sup>.

De ahí que, a semejanza de obras recientes como la de Manuel Atienza (me refiero especialmente a su «Curso de Argumentación Jurídica», Madrid, Trotta, 2013), se pueda vislumbrar una vertiente iusfilosófica que se detiene tanto en la *actividad* misma del jurista (actividad social) como en el *fin* o los valores hacia los cuales tiende la misma (la garantía de los derechos), en cuanto a lo que realmente interesa –tanto para la argumentación como concepción como para el derecho procesal– es explicitar un arte o saber enfocado hacia la práctica o concretización del derecho en los casos reales (más allá de contar –ambos– con el saber teórico)<sup>14</sup>.

Repárese, en este sentido, en las sabias palabras de Piero Calamandrei. El maestro italiano nos dice que no es suficiente saber «a la perfección las normas del Código», cuya tarea no es muy difícil, sino que «lo que más cuenta para aprender el juego (del proceso), es verlas funcionar en la práctica, es experimentar cómo se entienden y cómo las respetan los hombres que deben observarlas, contra qué resistencias corren riesgo de enfrentarse, y con qué reacciones o con qué tentativas de elusión tienen que contar»<sup>15</sup>.

Pues bien, dentro de esta corriente que intenta explicar la naturaleza (racional y real) del proceso judicial, en la que han destacado autores como Enrico Redenti, Piero Calamandrei, Elio Fazzalari, Michele Taruffo, entre otros, nos ha parecido interesante receptar algunas ideas de Alessandro Giuliani, dada su vinculación estrecha con la argumentación y el proceso, a partir de su enfoque teórico-práctico de la experiencia jurídica.

Este autor nos propone –entre otros temas– la denominada «teoría de la controversia», la cual –en prieta síntesis– podemos anticipar que es un postulado básico de la lógica jurídica (*more iuridico*), entendida como «argumentación» y, por ende, como expresión del razonamiento, que en la tradición cultural occidental estuvo representada por la «dialéctica» (disciplina en la que convergen la retórica, la sofística y la tópica). Para Giuliani, esta manifestación de la lógica tiene por ámbito la opinión (*doxa*), vale decir, el discurso o el debate relativo a cuestiones probables o verosímiles (como el derecho, la política o la moral), donde el recurrir a procedimientos rigurosos y demostrativos como en las matemáticas –en palabras suyas– representaría un «abuso» de la razón, puesto que en los problemas prácticos –es decir, aquellas relativos a los valores y a las elecciones– se precisa arribar a un consenso<sup>16</sup>, que debe ser alcanzado de manera

13. CARNELUTTI, 1956, I: 21 y ss. COUTURE, 1958: 145-147. TARUFFO, 2006a: 14 y ss.; íd., 2006b: 199 y ss.; íd., 2009: 397-409 y 489-539.

14. ATIENZA, 2017: 10-11, 23-46.

15. CALAMANDREI, 1962, III: 259-260.

16. PERELMAN y OLBRECHTS TYTECA, 1989: 33-35, 65-67, 97, 741-742. De acuerdo con las ideas de Perelman, Alessandro Giuliani considera que «la dialéctica sabe que no puede ofrecer lo justo en sí mismo, lo útil en sí mismo, pero incluso si desconfía de un conocimiento sistemático, de un ordenamiento absoluto de valores, su relativismo no conduce al escepticismo» (cfr. CERVATI, 2001).

racional<sup>17</sup>, el cual constituiría –en última instancia– el único criterio de una verdad probable (contrapuesta a la verdad necesaria de las ciencias demostrativas)<sup>18</sup>.

#### 4. Influencia y legado

La «teoría de la controversia» de Alessandro Giuliani<sup>19</sup>, junto con la «teoría de la prueba» y la metodología de la «relevancia»<sup>20</sup>, influyeron en las ideas de grandes pensadores contemporáneos como Luigi Ferrajoli<sup>21</sup>, Michele Taruffo<sup>22</sup>, Letizia Gianformaggio<sup>23</sup>, entre otros.

Ello se debe, en gran medida, a la naturaleza de sus investigaciones, que van más allá del campo de las disciplinas jurídicas, y que le confieren una mirada particular al fenómeno jurídico y, en particular, al proceso judicial. De allí pues que en su crítica al formalismo jurídico revela las profundas relaciones entre el pensamiento ético y jurídico (también con el político), reafirmando –a la vez– la centralidad de la teoría de la argumentación, en la elaboración continua del Derecho a través de un proceso dialéctico que involucra principalmente la *praxis*<sup>24</sup>.

Para Giuliani, la idea de controversia (cuyo arquetipo es el proceso judicial) puede ser explicada racionalmente a partir del discurso dialéctico, retórico y sofístico, cuyas técnicas representan una forma auténtica de razonamiento, aunque no siempre sea correcto o exacto desde el punto de vista formal.

Sin embargo, ello no implica que el discurso dialéctico renuncie a buscar la verdad, ya sea –según este autor– a través de una refutación permanente de las posiciones contrapuestas habidas entre las partes, que posibilita no sólo la adhesión (eventualmente, de la parte actora que desiste de la acción, o bien de la contraparte que se allana a la demanda), sino también la dilucidación correcta y razonable de la litis (que atiende a las razones<sup>25</sup> esgrimidas por los litigantes, y a la relación los hechos del caso y las normas que supone aplicables<sup>26</sup>), todo lo cual demuestra la inviabilidad de una lógica formal y de ciertos recursos argumentativos (o técnicas procesales anticuadas, disfuncionales); la dialéctica –con la refutación– permite y regula una adecuada y libre discusión con

17. HABERMAS, 1999, I: 43-69. La verdad como consenso es una tesis que procura concebir la verdad como la consecuencia de una búsqueda racional intersubjetiva. En otras palabras, la teoría consensual explica el significado del concepto de verdad, para lo cual recurre ciertamente a un procedimiento, pero no de hallazgo de la verdad, sino de defensa de «pretensiones» de verdad (cfr. COMESAÑA, 1994, 249-250. GARCÍA AMADO, 2001: 357-398. MACCARTHY, 1987: 121 y 360-361).

18. GIULIANI, 1975: 28-29. CERRONE, 2012, Premessa.

19. GIULIANI, 1966; *id.*, 1975: 13-34; *id.*, 1953: 472-489. CERRONE, 2012.

20. GIULIANI, 1961; *id.*, 1988: 518-579.

21. FERRAJOLI, 1995: 55, 136-137, 187.

22. TARUFFO, 2006a: 121 y 137.

23. GIANFORMAGGIO, 1999: 159-167; *id.*, 2018.

24. CERVATI, 2001. REPETTO, 2012: 553 y ss.

25. CARNELUTTI, 1956, I: 32 y ss.

26. TARUFFO, 2009: 405.

el fin de asegurar la igualdad de los participantes en el diálogo. La retórica se ocupa, sobre todo, de los aspectos persuasivos y de las técnicas de representación de los datos argumentativos; asume, por tanto, el punto de vista del abogado, mientras que la dialéctica se inspira en el punto de vista de un juez imparcial y, en cuanto teoría de la impugnación y metodología de la relevancia, va estrechamente ligada a la sofística, entendida en sentido lógico, como el capítulo relativo a la patología de la argumentación en el ámbito de la dialéctica.

## II. TEORÍA DE LA CONTROVERSIA

Una indagación profunda acerca de la «experiencia jurídica» del proceso judicial ha llevado a nuestro autor a advertir la existencia de un problema más de fondo y, también, algo peculiar: que la «práctica» que da vida y sentido a la relación jurídica procesal –en cuanto actividad– requiere de un *método* peculiar y propio para su comprensión y su uso; de una lógica jurídica (la lógica de la controversia como argumentación), puesto que se trata de un conjunto de actos que tienen por objeto principal la presentación, indagación, decisión, y solución de problemas dialécticos<sup>27</sup>, siendo el modelo representativo de toda esta actividad –precisamente– el litigio judicial, que en el ámbito del derecho procesal contemporáneo está dado por los conceptos fundamentales de acción, jurisdicción y proceso<sup>28</sup>.

Pero, ¿en qué consiste la controversia? Para Giuliani es entendida como una «situación argumentativa más que un problema en sí»<sup>29</sup>. Con ello quiere significar un aspecto olvidado o más bien desdeñado por los juristas modernos, en cuanto soslayan un aspecto esencial del proceder de los sujetos procesales y, especialmente, de los tribunales, consistente en el despliegue de una actividad discursiva mediante una lógica particular<sup>30</sup>.

Si bien él mismo nos dice que «la controversia no es definible porque ella misma es “controvertida”»; lo cierto es que en su pensamiento se infiere que la controversia es la actividad dialéctica producto de una combinación de actos, de juicios y de oposiciones (*fecisti-non feci*)<sup>31</sup>.

Pero aclara que esa actividad no es la técnica propuesta por la lógica formal contemporánea, en la que prevalece la matemática y el modelo de la ciencia moderna, sino

27. GIULIANI, 1975, 13-14.

28. CALAMANDREI, 1962, I: 318. PODETTI, 1973, I: 15 y ss. PALACIO, 2017, I: 7-8.

29. Carnelutti sostiene que la «controversia» es una especie particular de «litis» que presenta una o más «cuestiones», ante un conflicto de intereses. Explica que la «razón» –en que se funda tanto la pretensión como la contestación– puede tornarse «dudosa», en cuyo caso –«la duda acerca de una razón»– hace que surja una «cuestión», y puesto que la decisión de la litis se obtiene resolviendo las cuestiones, las cuestiones resueltas son luego razones de la decisión (CARNELUTTI, 1959, I: 36).

Para otros, la controversia sería, más específicamente, la discusión en sí, suscitada por un conflicto de intereses (cfr. FALCÓN, 2018, I, I: 238).

30. GIULIANI, 1975: 29.

31. Ibidem.

más bien la de la lógica de la controversia jurídica (modelo de problema dialéctico) en su autonomía, la que es propia de cuestiones opinables, verosímiles o probables. En efecto, en el discurso dialéctico la búsqueda de la verdad práctica se halla sometida a una refutación permanente, dónde el *giudice* debe regular la discusión en torno al *thema decidendum*, garantizando la igualdad de los participantes del diálogo, para luego arribar a la decisión correcta. El dialéctico (el juez) debe organizar la controversia de acuerdo con las reglas del proceso, dirigir la indagación de los hechos y garantizar la situación de reciprocidad en la discusión (debido proceso y derecho de defensa), permaneciendo él mismo de manera imparcial<sup>32</sup>.

Para ello el profesor de Pavía destaca el rol que ocupa en la teoría de la controversia la metodología de la relevancia<sup>33</sup>, habida cuenta que en las disputas jurídicas sólo deben versar sobre cuestiones «relevantes» (no las «erísticas»). Para lo cual el dialéctico (el juez) debe individualizar los tipos de desacuerdo para salir de la situación conflictual. Como veremos más adelante, en la revista histórica que el mismo autor nos propone, se diferencian distintos tipos de desacuerdo, a saber: 1) sobre los hechos, 2) sobre la definición (la determinación del hecho antijurídico), y 3) sobre la cualidad (calificación).

Por otra parte, enfatiza que el discurso dialéctico propio de la controversia tiene por fin la búsqueda de la verdad, pero la metodología de la relevancia es propuesta por Giuliani en términos negativos, es decir, como sistemas de reglas de exclusión y prohibiciones lógicas, lo cual quiere significar que la verdad no es el único valor dentro del proceso judicial (una prueba puede ser verdadera pero irrelevante). De este modo la relevancia de los problemas (de hechos, de significados, y de calificación), tienen autonomía respecto de la verdad y de la prueba porque la lógica de la controversia y la metodología de la relevancia nos permiten deslindar los distintos niveles de cuestiones o problemas que se presentan ante un caso<sup>34</sup>.

La controversia, al ser delimitada de esta manera –en el discurso dialéctico compuesto por estos elementos–, es una *disputa cualitativa*, en el sentido de que se halla imbuida de valores jurídicos, éticos y políticos; no se trata de valores sistemáticos, sino del reflejo de las inevitables aporías que se presentan en la controversia y que comprometen al dialéctico (juez) a elegir y decidir de una forma razonable; fruto de la búsqueda que tiene lugar en el conflicto entre reglas, valores y puntos de vista. De ahí que la dialéctica se resuelve en una lógica de la elección. A semejanza de Michelle Taruffo, Alessandro Giuliani nos ilumina el norte del quehacer jurídico: «El filósofo –y el juez– debe buscar la verdad entre las opiniones en conflicto»<sup>35</sup>.

En suma, es a partir de esta línea de pensamiento básica (filosófica-jurídica y técnica-jurídica) que Giuliani constituye y desarrolla sus ideas: «el derecho como controversia». De hecho, es a la controversia que dedica la suma de su madurez académica, y es aquí,

32. Ibidem.

33. WEILER, 1962: 487.

34. GIULIANI, 1975: 28-29.

35. GIULIANI, 1966: 146. GROSSI, 2012: 5.

más que en cualquier otro lugar, donde se manifiesta la plenitud de su mensaje. El derecho como controversia, la lógica jurídica concebida como la teoría de la controversia con sus implicaciones éticas irreductibles, porque es particularmente en la controversia que tenemos la recuperación total de la historicidad del derecho.

### III. CONTRIBUCIÓN A LA ARGUMENTACIÓN Y A LA DISCIPLINA PROCESAL

Los aportes de Alessandro Giuliani no se reducen a cuestiones meramente probatorios como la exaltación de la función «persuasiva» de la prueba, vale decir, a la concepción retórica de la prueba como argumento, puesto que tales consideraciones no constituyen otro tipo de «razonamiento probatorio», diferente de los más acreditados hoy<sup>36</sup>, ni tampoco puede limitarse para expresar el rechazo de cualquier forma de racionalidad del juicio fáctico<sup>37</sup>.

La auténtica lección histórico-filosófica de nuestro autor es aquella que nos permite tener una visión más profunda de la práctica forense y una *integración* más realista – desde el ángulo visual de la *teoría* y la *historia cultural del proceso civil*– de la dogmática jurídica y de la exégesis legal con el carácter dialéctico de la relación jurídica procesal, en consideración a la estructura y los nexos que median entre los actos, los sujetos que los realizan, la finalidad a que tienden, los principios a que responden, las condiciones de quienes los producen, las cargas que imponen y los derechos que otorgan<sup>38</sup>.

Veamos.

#### 1. Epistemología: una racionalidad práctica

En primer lugar, la lección del profesor italiano consiste en poner de resalto un conjunto de ideas que permitirían elaborar un «modelo procesal», semejante a la clásica contraposición entre los principios o sistemas «dispositivo» e «inquisitivo»<sup>39</sup>, u otros semejantes –de la forma expuesta recientemente por Mirjan Damaška<sup>40</sup>–, en orden a

36. Cfr. TARUFFO, 1990: 420 y ss.; id., 1992: 284, 323 y ss. (hay traducción por J. FERRER BELTRÁN, 2002).

Creo –dice Cavallone– que contrastar la función demostrativa de la prueba con su función persuasiva no tiene ningún sentido, si no se imagina que el juez debe decidir sobre la base de lo que se ha demostrado, incluso cuando no está convencido (CAVALLONE, 2012: 357; vid. CAVALLONE - TARUFFO, 2012).

37. CAVALLONE, 2012: 355-356 y 361-362. El *quid* de la incomprensión («*Il nodo dell'incomprensione*»), o de la disidencia por parte de figuras destacadas, parece consistir –dice Cavallone– en la convicción de que el compromiso de Giuliani como procesalista se resuelve y agota en el redescubrimiento y reevaluación de la concepción retórica de la prueba judicial propia de la cultura clásica. Griega y romana, es decir, escritos de la prueba como argumento; y que esa reevaluación se traduce, en términos de teoría general, en atribuir a la prueba una función persuasiva, a saber, inducir al juez a pronunciarse a favor de la parte que vale la pena.

38. MONTERO AROCA, 2001: 58-59.

39. CALAMANDREI, 1962, I: 358-359.

40. DAMAŠKA, 2000: 9 y ss.

la concepción del proceso y sus prácticas forenses, desde una perspectiva racional –o lógica de la controversia–, sobre la base de las funciones y roles –reales– de los sujetos –y actos– procesales (las partes en relación a sus facultades, deberes, cargas, etc., y el juez respecto de los poderes-deberes del juez, ya sea para la actuación –aplicación o determinación del derecho, *quaestio iuris*–, o bien para la investigación de la verdad de los hechos –*quaestio facti*–), de forma tal que constituya una justa composición del litigio<sup>41</sup>.

Con relación a las ideas relativas a la concepción del proceso, en primer lugar se destaca la impronta *epistemológica* que, en cuanto a la comprensión del fenómeno de la controversia judicial, es encuadrada en clave no dogmática, ni positivista ni «juridicista», en la medida en que el estudio de aquella no puede basarse en postulados incontrovertibles, ni reducirse a una teoría científica y, por ende, aislada de la ética y de los aspectos político-institucionales (e ideológicos). Para penetrar en el interior de los problemas de la «controversia» judicial –sostiene Giuliani– no puede haber una «distinción entre lógica y ética, entre hecho y valor, entre cuestión de hecho y cuestión de derecho». Por ello es que rechaza la enseñanza de Hume, según el cual el «papel de la razón está limitado a la investigación empírica o al cálculo»<sup>42</sup>.

En la argumentación –afirma–, los hechos no son ni un dato objetivo y externo respecto al conocimiento del juez y tampoco «creados» por él: la controversia es una «cuestión mixta»; no es posible separar los juicios sobre la existencia de los hechos respecto de los juicios interpretativos (los hechos –en cuanto eventos históricos– pertenecen al pasado, la prueba de los hechos ocurre en el presente y las reglas jurídicas están orientadas hacia el futuro. Los hechos son siempre, pues, «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»<sup>43</sup>.

De esta manera, la «cuestión de derecho» resulta condicionada a las circunstancias que han dado lugar a la controversia, a la naturaleza de la refutación, 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, descartando la aplicación mecánica de los hechos. Asimismo, la «cuestión de hecho» siempre es interdependiente

41. CHIOVENDA, 1922, I: 82 y 86-96; id., 1948, I: 56 y 72. CARNELUTTI, 1942, I: 21-22. TARUFFO, 2002: 21-87; id., 2008: 20-23.

42. GIULIANI, 2017: 156 y 160.

43. *Ibidem*: 160.

con cuestiones de definición y de cualidad: no interesa la verdad de los hechos en sí, sino su utilización en relación a las situaciones argumentativas.

En síntesis, la construcción de la razón práctica de la constitución de la causa litigiosa (*constitutio causae*), sobre la base 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 (formal): 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*»<sup>44</sup>.

## 2. Proceso y formas de gobierno

En segundo lugar, en cuanto a la concepción del proceso, se destaca la sintonía que debería tener la controversia judicial con las *formas de gobierno* (cfr. Damaška<sup>45</sup>): «el proceso es una variable dependiente respecto 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»; la evolución del hombre importa una evolución de las formas de los gobiernos, por cuanto también cambian las formas de pensar de la gente, así como también los hábitos de las actividades que desarrollan en la comunidad y, por lo tanto, la forma de concebirse y resolverse las disputas o controversias, y, a la par, el tratamiento del proceso judicial<sup>46</sup>.

Por ello, siguiendo las conclusiones de la filosofía viquiana, considera que «no existen procesos buenos y procesos malos: el paso de una forma de proceso a otra se

44. *Ibidem*: 161-162. Giuliani precisa aún más estas cuestiones señalando que: «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 contestaciones. La preventiva definición del contexto argumentativo limita el área de conflicto: aquella permite excluir las pruebas irrelevantes» (GIULIANI, 2017: 163).

45. DAMAŠKA, 2000: 9 y ss. También en cuanto a la relación modelo y principios procesales con las formas de gobierno y las ideologías véase: TARUFFO, 2006: 249-271; *id.*, 2013: 23 y ss. CAVALLONE, 1991: 44 y ss.; 83 y ss. AAVV, 2005. OTEIZA, 2004: 213-233. BERIZONCE, 2017: 470-515.

46. GIULIANI, 2017: 143-144. Para una comprensión más profunda del fenómeno procesal y de las influencias culturales, véase la «Introducción» a la obra de CAPPELLETTI, 1974: IX y ss. Cfr. también CIPRIANI, 2003; *id.*, 2007: 45-55.

realiza cuando se consolida no solo una nueva forma de gobierno, sino también –y sobre todo– un nuevo nivel de racionalidad y de moralidad<sup>47</sup>.

Además de la relación entre proceso y formas de gobierno (la evolución del proceso judicial se reconduce al «camino que recorren las naciones»), siguiendo las ideas de Vico, Montesquieu y Filangieri, considera que el paso de una forma a otra se realiza cuando se consolida un nuevo nivel de racionalidad y moralidad (relación entre proceso y lógica).

Así, por ejemplo, el modelo de prueba «retórico-judicial» no es estructuralmente diferente de la prueba lógica: ésta debe apuntar a la *convicción* y no a la *mera persuasión del juez*. Desde el siglo XVIII, la doctrina italiana advirtió que el proceso inquisitivo debía ser atacado en sus presupuestos lógicos, que se anidaba en el «modo de pensar» del jurista más que en las instituciones. De ahí que con la influencia de la retórica de Vico –en contraposición con la lógica cartesiana en boga (v.gr., en Francia)–, se produjera «la revalorización del carácter argumentativo, crítico, justificativo del razonamiento judicial, lo cual 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*»<sup>48</sup>.

### 3. Proceso y praxis: orden isonómico y orden asimétrico

En tercer lugar, e íntimamente vinculado con lo recién expuesto, se halla la idea de la «visión unitaria de la retórica» que mantiene un nexo estrecho «no sólo con la filosofía, sino también con los otros capítulos de la argumentación: como la dialéctica (o tópica) y la sofística. Un corolario es la afirmación del papel dominante del *ars inveniendi*...»<sup>49</sup>.

En efecto, la retórica presupone una serie de relaciones e interferencias entre la lógica, la ética y las instituciones políticas en general. Empero, la retórica en su paso a la controversia, en el sentido contemporáneo, pone en evidencia la necesidad del «orden», porque en ausencia del mismo degeneraría en la erística (una mera cuestión de opinión). Por ello es que el procedimiento que se ofrece a través de la «controversia» es «la confianza en la existencia de técnicas de la razón práctica: la convicción auténtica –distinta de la mera persuasión– es ordenada por la vía lógica de la invención. El terreno del procedimiento judicial no es el de la demostración científica, ni es de la guerra: la búsqueda de una solución justa y razonable es una empresa que implica la

47. GIULIANI, 2017: 147.

48. GIULIANI, 2017: 148 y 151. A las enseñanzas de Vico se sumaron las de Genovesi, quien propuso el estudio de la lógica, entendida como el «arte de pensar, razonar y disputar», que debe partir del análisis de la naturaleza del hombre, y de sus facultades y operaciones. El arte de la disputa está relacionada para este pensador italiano con la retórica de la controversia judicial, donde se ofrece un tratamiento original de las falacias, así como de la prueba de los hechos del pasado, mediante el método historiográfico, para alcanzar la certeza moral, o máxima de probabilidad. El binomio Vico-Genovesi determinó, según Giuliani, 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 (GIULIANI, 2017: 152).

49. GIULIANI, 2017: 155.

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»<sup>50</sup>.

Con el redescubrimiento de la dimensión «lógica» y «filosófica» de la retórica judicial, y su visión «unitaria», Giuliani infiere una serie de temas y problemas. Entre ellos pone en crisis la dicotomía entre el modelo probatorio basado en las íntimas convicciones del sentenciante y aquél según el cual el juez debe dictar sus fallos *con arreglo a lo alegado y probado en la causa* (*iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*<sup>51</sup>).

Siguiendo a Vico, entiende que dicha dicotomía refleja el perenne conflicto entre retórica y lógica (formal), o bien, en la terminología de Giuliani entre «orden isonómico» y «orden asimétrico»<sup>52</sup>, donde el adjetivo –en este último supuesto– se refiere significativamente a un dato estructural del proceso (no funcional): la paridad entre las partes y, entre estas y el juez, o mejor aún, la paridad de los roles respectivos, rígidamente diferenciados y nunca superpuestos, y de la sujeción común a las reglas del proceso. Así como dato estructural a la definición de «orden asimétrico» (antitético) es su caracterización por la posición elevada del juez, libre para sustituir su propio juicio por el de ambas partes (como *advocatus partium generalis*, dijo Leibniz), sin tener que dar cuenta de ello a otros: el juez es libre y debe juzgar según su conciencia. En cambio, en el «orden isonómico», propio de la retórica judicial, presupone los valores lógicos y éticos que hoy son vinculados a la garantía fundamental del debido proceso<sup>53</sup>.

En la distinción entre el «orden isonómico» y el «orden asimétrico» es posible reconocer –según Cavallone– los paradigmas del juez «pasivo» y del juez «activo», respectivamente, en relación a la problemática de la búsqueda de la «verdad»<sup>54</sup>, a los cuales los teóricos alemanes y los padres fundadores de principios del siglo XIX del *Zivilprozessrecht* (derecho procesal civil) se han remontado varios siglos antes, a la luz de la literatura medieval, sobre los poderes cognitivos y la conciencia del juez. En el fondo, se afirma, se trata del «principio del dispositivo» y del «principio inquisitivo» que han continuado y siguen constituyendo, como para Gönner<sup>55</sup>, solo dos formas diferentes de alcanzar la misma «verdad», mediante el uso de instrumentos funcionalmente similares

50. GIULIANI, 2017: 155-156.

51. PICÓ I JUNOY, 2007: 1497-1518; íd., 2006: 104-120; íd., 2012: 11-31.

52. GIULIANI, 2017: 143.

53. GIULIANI, 2017: 156.

54. Vid. CAVALLONE - TARUFFO, 2012.

55. En la dogmática procesalista alemana, Nikolaus Taddäus Gönner diseña los principios generales del proceso y, especialmente, la llamada «*Verhandlungsmaximen*» o «máxima de debate», según la cual, corresponde a las partes determinar el alcance y contenido de la litis o controversia judicial. Surge así lo que se conoce con el nombre de «principio dispositivo» el que es enunciado por Gönner de la siguiente manera: «*Wo Kein Kläger ist da ist Kein Kläger*», o sea, «donde no hay actor no hay juez»; y añade que ello es una garantía inalterable

y en el contexto del mismo «orden»<sup>56</sup>. Sin embargo, como valora Damaška, para la construcción teórica de sus modelos, los datos comparativos se hallan «a la deriva», porque están descartados o empobrecidos por la creciente tendencia a uniformar las leyes de proceso (fruto de la actual globalización), aunque todavía siguen siendo indispensables para comprender la base y las huellas irreprimibles de diferentes culturas procesales. Por eso es que Giuliani utiliza datos extraídos de la historia del pensamiento jurídico, más que de las instituciones judiciales, para construir estos dos «órdenes» opuestos que, «en estado puro», ni siquiera pueden encontrar evidencia precisa en cualquier sistema procesal histórico o actual, pero cuyos elementos –presentes de manera diversa en cada uno de ellos– constituyen herramientas importantes para una mejor comprensión de la problemática actual del proceso judicial<sup>57</sup>.

Más allá de estas disquisiciones, corresponde mencionar –sintéticamente– en qué consisten estos órdenes para Alessandro Giuliani; cuáles son los principios en que se inspiran. Ello así, por cuanto la lógica asimétrica y la lógica isonómica son las dos fórmulas con las que quiere expresar, brevemente, las dos estructuras sociales y jurídicas que caracterizaron nuestra historia, señalando los principios que justifican cada uno de estos órdenes o modelos; atribuyendo unos a la lógica de origen cartesiano y el otro al modelo que denomina –sintéticamente– como «argumentativo»<sup>58</sup>.

De esta manera, la lógica asimétrica procura identificar un «axioma» incontrovertible, para luego sostener la primacía de la deducción y la certeza de conclusiones. Asimismo, afirma la supremacía de la racionalidad sobre la razonabilidad, la autonomía del sujeto que opera el juicio, la relación intersubjetiva como una relación de subordinación y la preeminencia de lo político. En cambio, la lógica isonómica postula el carácter refutable de las premisas, el uso de argumentos, la verosimilitud de las conclusiones, la supremacía de lo razonable sobre la racionalidad, la heteronomía de los sujetos que formulan los juicios, la relación intersubjetiva como igualdad (igual dignidad y condición de los sujetos involucrados en la relación) y la primacía de la ética<sup>59</sup>.

En el pensamiento de Giuliani, como hemos apuntado antes, el problema político subyacente entre ambas concepciones siempre ha estado presente a través de las formas de gobierno. De hecho, tal problema se refiere a la cuestión de la *legitimidad* desde un punto de vista institucional, frente a la necesidad de brindar mejores explicaciones y respuestas a las nuevas relaciones sociales e institucionales, en momentos en que los sistemas jurídicos basados en la diversidad y en el pluralismo –junto con el surgimiento de autonomías– se enfrentan a los problemas o aporías de lo jurídico, tanto a nivel nacional como internacional (global), y, además, en circunstancias en las que la primacía del Estado decaea; en un contexto en el que los derechos humanos aspiran a una tutela

---

del proceso «*ist eine unabänderliche bahrheit für iede mögliche prozesordnung*» (Gönnner, 1804, 3: 180; cfr. Silva Vallejo, 1989: 24-25).

56. CAVALLONE, 2012: 361-364.

57. CAVALLONE, 2012: 369. Cfr. DAMAŠKA, 2015.

58. GIULIANI, 1986: 81.

59. BIXIO, 2012: 318.

efectiva, fue necesario identificar una nueva lógica que tuviera en cuenta los cambios ocurridos<sup>60</sup>. Esta lógica, como hemos dicho, Giuliani la encuentra en lo que ya había jugado un papel principal en el pasado: la *lógica argumentativa*. Una lógica capaz de repensar la legitimidad política-institucional en relación con un sistema en el que una realidad poliárquica se afirma cada vez más<sup>61</sup>.

Si en este nuevo mundo la legitimidad depende cada vez más del reconocimiento mutuo, si se debe demostrar más que inferir, entonces no hay duda de que debemos volver a colocar el argumento, o el instrumento típico de la lógica isonómica, como central. En el nuevo entorno social e institucional, nada puede darse por sentado. Debe demostrarse la verdad de los supuestos, así como la certeza de las conclusiones; deben abordarse a través de un complejo de procedimientos «dialécticos» que desde el punto de vista lógico terminan exaltando los procesos argumentativos. El consenso, el diálogo (la comunicación), nunca se dan totalmente. Son el resultado de procedimientos lógicos e institucionales muy articulados, no el efecto del desarrollo de un poder abrumador indiscutible, porque se funda en una verdad incontrovertible y legitimidad adquirida definitivamente<sup>62</sup>.

Este poder, por lo tanto, siempre debe estar sujeto al escrutinio de la razón práctica; que para llevar a cabo su tarea, para juzgar la legitimidad del político, debe a su vez legitimarse como el portador operativo de la primacía de la ética sobre la política. Giuliani, colocando la primacía de la razón práctica y el argumento de hecho, termina invirtiendo la relación entre ética y política.

#### IV. APRECIACIÓN FINAL

El autor italiano nos presenta un conjunto de ideas para comprender la realidad práctica del proceso, en su inteligibilidad más honda, destacándose —en este sentido— su afán por indicar el carácter lógico-dialéctico de los roles (y funciones) que desempeñan los distintos sujetos procesales, en lo que hace a la forma en que se desenvuelve y termina el proceso (o debería hacerlo), pero no en sus aspectos abstractos, generales y formales (actos e instituciones procesales), sino más bien en su interioridad racional-argumentativa, y su interrelación con la ética (la cultura) y la política (la ideología), en lo que respecta a la naturaleza misma y fin del proceso.

Dicha perspectiva de análisis, que se aproxima a la concepción argumentativa del Derecho, ha pasado un tanto desapercibida por la doctrina procesalista contemporánea: en su mayoría enfocada más en los aspectos científicos-dogmáticos de las instituciones tradicionales del proceso civil, o en aspectos relativos a los avances tecnológicos-informáticos de los procedimientos, o a ciertos aspectos de los sistemas y principios

60. BIXIO, 2012: 319.

61. BIXIO, 2012: 320.

62. BIXIO, 2012: 320.

procesales, más que en las cuestiones a la racionalidad intrínseca de esta forma de resolución de los conflictos.

Empero, la peculiaridad y originalidad del aporte propuesto por Giuliani consiste, precisamente, en la necesidad de prestar atención en la practicidad del derecho y su carácter racional o argumentativo, para que las instituciones procesales (y las formas en general) no pierdan de mira que las reglas y principios deben estar siempre dirigidas a la actividad o el obrar, el cual se da en un contexto y en circunstancias que implican un diálogo o, como él mismo sostiene, una controversia de naturaleza dialéctica, con consonancias ético-políticas.

Así pues, tanto el estudio como la regulación legal de las instituciones procesales suelen caracterizarse por una reglamentación formal-normativa (presupuestos y requisitos procesales, sanciones, etc.), con un –no desdeñable– refinado conceptualismo y lenguaje de las normas y principios, mas no reparan en la necesidad de plasmar –en su contexto integral– ese diálogo o discurso racional, caracterizado por la controversia antes expuesta, y, por ende, representado por la posibilidad concreta de refutación de posiciones, mediante la alegación de razones y contra-argumentos, de forma tal que posibilite una auténtica discusión, la persuasión y el consenso, o, en su caso, la verificación de las premisas expuestas en la etapa postulatoria, mediante la producción probatoria idónea y pertinente (relevante), y de este modo la adopción de una decisión justificada del juez en la verdad de los hechos comprobados en el proceso<sup>63</sup>.

Ese panorama huérfano en gran medida –salvo algunas excepciones– en los proyectos de reformas del proceso civil, invita a cavilar si las síntesis enseñadas por el maestro Giuliani pueden hacernos reflexionar en la posibilidad de insertar algunas de sus enseñanzas, con un claro sentido de colaboración para la mejora de las prácticas judiciales y, en última instancia, para la adecuada y eficaz prestación del servicio de justicia.

Para ello deviene ineludible encarar el estudio –y propuesta– de una nueva forma de reglamentar la comunicación de las partes entre sí y con el pretor, de manera tal que las tesis y fundamentos tengan un lugar preponderante en la exigibilidad de los requisitos de admisibilidad, así como también en la posibilidad de una defensa acorde con ella, con amplias posibilidades de refutación, para que el contradictorio y la «controversia» tenga el ámbito suficiente de discusión o debate<sup>64</sup>. Y todo ello, unido a los principios de veracidad y sinceridad de las afirmaciones expuestas, con consecuencias claras frente a la falta de observancia de estos principios: la aplicación de multas, el reconocimiento de la pretensión procesal, etc., frente a conductas desleales, contraria a la buena fe, o abusivas del proceso, y con incentivos concretos y factibles para quien se funda en la

63. Vid. CALAMANDREI, 1962, III: 261-262.

64. «El proceso es una serie de actos que se cruzan y se corresponden como los movimientos de un juego: de preguntas y respuestas, de réplicas y contrarréplicas, de acciones que provocan reacciones, suscitadoras a su vez de contrarreacciones. En esto consiste principalmente la dialecticidad del proceso: que todo movimiento realizado por una parte abre a la parte contraria la posibilidad de realizar otro movimiento dirigido a contrarrestar los efectos del que lo precede y que, podríamos decir, lo contiene en potencia» (CALAMANDREI, 1962, III: 264).

verdad de sus reclamos. El proceso no puede ser más un «juego» o una «táctica» procesal, donde no campea la realidad de las cosas<sup>65</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABBAGNANO, N.: 1993, *Diccionario de filosofía*, México, FCE (2ª ed).
- ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO: 2018 (1947), *Proceso, autocomposición y autodefensa. Contribución al estudio de los fines del proceso*, México, UNAM.
- ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, N. y LEVENE, R (h.): 1945, *Derecho procesal penal*, Bs. As., Kraft.
- ALEXY, R.: 2007, *Teoría de la argumentación jurídica* (trad. M. Atienza - I. Espejo), Madrid, CEPC.
- ALVARADO VELLOSO, A.: 2009, *Sistema procesal. Garantía de la libertad*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni.
- ARISTÓTELES: 1982, *Tratado de lógica* (trad. M. San Martín), Madrid, Gredos.
- ATIENZA, M.: 2006, *El Derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel.
- ATIENZA, M.: 2013, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta.
- ATIENZA, M.: 2017, *Filosofía del Derecho y Transformación Social*, Madrid, Trotta.
- AZAUSTRE, A. - CASAS, J.: 1997, *Manual de retórica española*, Barcelona, Ariel.
- BERIZONCE, R. O., 2017: «Ideologías y proceso», *REDP*, v. 18, n. 2, Río de Janeiro.
- BERTI, E.: 2008, *Las razones de Aristóteles* (trad. H. A. Gianneschi - M. Monteverdi), Bs. As., Oinos.
- BIXIO, A.: 2012, «Retorica e Dialettica nell'opera di Alessandro Giuliani», en CERRONE, F. y REPETTO, G., *Alessandro Giuliani: 'L'esperienza giuridica fra logica ed etica*, Milano, Giuffrè Editore.
- BOBBIO, N.: 1991, *El problema del positivismo jurídico* (trad. E. Garzón Valdés), México, Fontamara.
- BOBBIO, N.: 1968, *Derecho y lógica* (trad. A. Rossi), Centro de Estudios Filosóficos, México, UNAM.
- BRUNDSCHWIG, J.: 1999, *Introducción y notas a los Tópicos de Aristóteles* (trad. J. H. Evans Civit), Bs. As., Ciudad Argentina.
- BÜLOW, O. von: 1964, *La teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales* (tr. M. A. Rosas Lichtschein), Bs. As., Ejea.
- CAVALLONE, B. – TARUFFO, M.: 2012, *Verifobia. Un diálogo sobre prueba y verdad*, Lima, Palestra.
- CALAMANDREI, P.: 1962, *Instituciones de Derecho Procesal Civil* (trad. S. Sentís Melendo), Bs. As., Ediar.
- CALAMANDREI, P.: 2019: *Opere Giuridiche. Problemi generali del diritto e del proceso*, Roma, Roma Tre-press.
- CAPPELLETTI, M.: 1974, *Proceso, ideologías, sociedad* (trad. S. Sentís Melendo - T. A. Banzhaf), Bs. As., Ejea.
- CAPPELLETTI, M.: 2006: *El proceso civil en el derecho comparado*, Lima, Ara (trad. S. Sentís Melendo).

65. CALAMANDREI, 1962, III: 259-294.

- CARNELUTTI, F.: 1944, *Sistema de Derecho Procesal Civil* (trad. N. Alcalá-Zamora y Castillo y S. Sentís Melendo), Bs. As., Uthea.
- CARNELUTTI, F.: 1956, *Instituciones del Proceso Civil* (trad. S. Sentís Melendo), Bs. As., Ejea.
- CARNELUTTI, F.: 1952, *Estudios de derecho procesal* (trad. S. Sentís Melendo), Bs. As., Ejea.
- CAVALLONE, B.: 1991, *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padua.
- CAVALLONE, B.: 2005, en AAVV, *Le prove nel processo civile*, Atti del XXV Convegno Nazionale, Cagliari, 7-8 ottobre 2005, Milano, Giuffré.
- CAVALLONE, B.: 2012: «Alessandro Giuliani processualista», en CERRONE, F. y REPETTO, G., *Alessandro Giuliani: L'esperienza giuridica fra logica ed etica*, Milano, Giuffré.
- CERRONE, F.: 2012, «Premessa», en CERRONE, F. - REPETTO, G.: 2012, *Alessandro Giuliani: L'esperienza giuridica fra logica ed etica*, Milano, Giuffré.
- CERVATI, A. A.: 2001, «Giuliani, Alessandro», *Dizionario Biografico degli Italiani*, v. 56.
- COMESAÑA, M.: 1994, «La teoría de la verdad en Habermas», en *Diánoia*, 40, v. XL, UNAM y FCE, México.
- CHIOVENDA, G.: 1922, *Principios de derecho procesal civil* (trad. J. Casais y Santaló), Madrid, Reus.
- CHIOVENDA, G.: 1948: *Instituciones de derecho procesal civil* (trad. E. Gómez Orbaneja), Madrid, Revista de Derecho Privado.
- CHIOVENDA, G.: 1949: *Ensayos de derecho procesal civil* (trad. S. Sentís Melendo), Ejea, Bs. As.
- CHRARAUDEAU, P. - MAINGUENEAU, D.: 2005, «Dialéctica», en *Diccionario de análisis del discurso* (trad. I. Agoff), Bs. As., Amorrortu.
- CIPRIANI, F.: 2003, *Batallas por la justicia civil. Ensayos* (trad. E. Ariano Deho), Lima, Cultural Cuzco.
- CIPRIANI, F.: «El autoritarismo procesal (y las pruebas documentales)» (trad. E. Ariano Deho), *Ius et praxis*, año 13, n. 2, 45-55.
- COUTURE, E. J.: 1958, *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3ª ed., Bs. As., Depalma.
- DAMAŠKA, M. R.: 2000, *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal* (trad. A. Morales Vidal), Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- DAMAŠKA, M. R.: 2015, *El derecho probatorio a la deriva* (trad. J. Pico i Junoy), Madrid, Marcial-Pons.
- DWORKIN, R.: 1986, *Law's Empire*, London, Fontana Books.
- FALCÓN, E. M.: 2018, *Tratado de Derecho Procesal. Parte general*, Bs. As., Rubinzal-Culzoni.
- FASSÒ, G.: 1982, *Historia de la filosofía del derecho* (trad. J. F. Lorca Navarrete), Madrid, Pirámide.
- FAZZALARI, E.: 1966, voz «Processo (teoria generale)», en *Novissimo Digesto Italiano*, Turín, VTET, t. XIII.
- FAZZALARI, E.: 1987, voz «Procedimento e processo (teoria generale)», en *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, t. XXXV.
- FAZZALARI, E.: 1996, *Istituzioni di diritto processuale*, Padova, Cedam.
- FERRAJOLI, L.: 1995, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (trad. P. A. Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco, R. Cantarero Bandrés), Madrid, Trotta.
- FERRAJOLI, L.: 2012, «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista», en AAVV, *Un debate sobre el constitucionalismo*, Madrid, Marcial-Pons.
- GARCÍA AMADO, J. A.: 2010, *El derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

- GENTILE, A.: 2013, «Il diritto come discorso», en *Trattato di Diritto Privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milán, Giuffrè.
- GHIRARDI, O. A.: 1983, *Lecciones de Lógica del Derecho*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba.
- GIANFORMAGGIO, L.: 1999, «La noción de procedimiento en la teoría de la argumentación jurídica», *Doxa*, n. 14, 159-167.
- GIANFORMAGGIO, L.: 2018, *Filosofía del Diritto e ragionamento giuridico*, Torino, Giappichelli.
- GIULIANI, A.: 1954, *Contributi ad una nuova teoria pura del diritto*, Milano.
- GIULIANI, A.: 1957, *Ricerche in tema di esperienza giuridica*, Milano.
- GIULIANI, A.: 1961 (1971), *Il concetto di prova: contributo alla logica giuridica*, Milano, Giuffrè.
- GIULIANI, A.: 1966, *La controversia. Contributo alla logica giuridica*, Pavia, Università di Pavia.
- GIULIANI, A.: 1966, «La logique juridique comme théorie de la controverse», *APD*, 87-113.
- GIULIANI, A.: 1970, «La 'nuova retorica' e la logica del linguaggio normativo», *RIFD*, 374 y ss.
- GIULIANI, A.: 1972, «Il campo dell'argomentazione: su di un recente volume di Chaïm Perelman», *RIFD*, 100 y ss.
- GIULIANI, A.: 1972, «The Aristotelian Theory of the Dialectical Definition», *Philosophy & Rhetoric*, v. 5, n. 3, Summer.
- GIULIANI, A.: 1975, voz «Logica giuridica», en *Enciclopedia del diritto*, Varese, Giuffrè, t. XXV.
- GIULIANI, A.: 1988, voz «Prova in generale», en *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, t. XXXVII.
- GIULIANI, A.: 1979, en la presentación de la traducción italiana de Crifó de la obra de Chaim Perelman, *Logica giuridica nuova retorica*, Milano, Giuffrè.
- GIULIANI, A.: 1986, «Ordine isonomico ed ordine asimmetrico: 'nuova retorica' e teoria del proceso», *Sociologia del diritto*, 81-90.
- GIULIANI, A.: 1999, «Le disposizioni sulla legge in generale», en *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, Torino, Utet, t. I.
- GIULIANI, A.: 1999-2000, «La filosofía retórico de Vico y la nueva retórica» (trad. J. M. Sevilla), *Cuadernos sobre Vico*, 11-12, 33-46.
- GIULIANI, A.: 2017, «Prueba y convicción: perfiles lógicos e históricos» (trad. R. Feijoo), *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, v. 7, n. 1, Lima, 139-170.
- GOZAÍNI, O. A.: 2009, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Bs. As., La Ley.
- GOZAÍNI, O. A.: 2016, *Garantías, principios y reglas del proceso civil*, Bs. As., Eudeba.
- GRAJALES, A. A. - NEGRI, N. J.: 2014, *Argumentación jurídica*, Bs. As., Astrea.
- GRAJALES, A. A. - NEGRI, N. J.: 2018, *Sobre la argumentación jurídica y sus teorías*, Madrid, Marcial-Pons.
- GROSSI, P.: 2012, en CERRONE, F. - REPETTO, G., *Alessandro Giuliani: L'esperienza giuridica fra logica ed etica*, Milano, Giuffrè Editore.
- GUASP, J.: 1948, *Comentario a la ley de enjuiciamiento civil*, Madrid, Aguilar, 2ª ed., t. I.
- IHERING, R. von, *El fin en el Derecho* (trad. L. Rodríguez), Madrid, Rodríguez Serra editor, s/f.
- KALINOWSKI, G.: 1973, *Introducción a la lógica jurídica* (trad. J. A. Casaubón), Bs. As., Eudeba.
- MACCORMICK, N.: 2016, *Retórica y Estado de Derecho. Una teoría del razonamiento jurídico* (trad. J. A. Gascón Salvador), Lima, Palestra.
- LASCANO, D.: 1946, «Jurisdicción y proceso», en *Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina*, Bs. As., Ediar.
- MAIER, J. B. J.: 1996, *Derecho procesal penal*, Bs. As., 2ª ed., Editores del Puerto.

- MARINONI, L. G. - PÉREZ RAGONE, Á. - NÚÑEZ OJEDA, R.: 2010, *Fundamentos del proceso civil*, Santiago de Chile, Abeledo Perrot.
- MONTERO AROCA, J.: 2001, *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (los poderes del juez y la oralidad)*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- MORELLO, Augusto M.: 2001, *La eficacia del proceso*, Bs. As., Hammurabi.
- MURPHY, J. J.: 1989, *Sinopsis histórica de la retórica clásica* (trad. A. R. Bocanegra), Madrid, Gredos.
- OTEIZA, E. (coord.): 2018, *Sendas de la reforma de la justicia a principios del siglo XXI*, Madrid, Marcial Pons.
- OTEIZA, E. (coord.): 2004, «El juez ante la tensión entre libertad e igualdad», en *Revista de Derecho Procesal*, número extraordinario, homenaje a R. Podetti, Santa Fe, 213-233.
- PALACIO, L. E.: 2017, *Derecho Procesal Civil*, Bs. As., 4ª ed., actual. C. E. Camps, Abeledo Perrot.
- PERELMAN, Ch.: 1988, *La lógica jurídica y la nueva retórica* (trad. L. Díez-Picazo), Madrid, Civitas.
- PERELMAN, Ch.: 1973, *El razonamiento jurídico* (trad. H. Petzold-Pernía), Centro de Estudios de Filosofía del Derecho, Maracaibo.
- PERELMAN, Ch.: 1997, *El imperio retórico. Retórica y argumentación* (trad. A. L. Gómez Giraldo), Bogotá, Norma.
- PERELMAN, Ch. - OLBRECHTS-TYTECA, L.: 1989, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica* (trad. J. Sevilla Muñoz), Madrid, Gredos.
- PICÓ I JUNOY, J.: 2006, *El juez y la prueba*, Barcelona, Bosch.
- PICÓ I JUNOY, J.: 2007, «Iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam: storia della erronea citazione di un brocardo nella dottrina tedesca e italiana», en *Rivista di Diritto Processuale*, n. 6, 1497-1518.
- PICÓ I JUNOY, J.: 2012, «El Derecho Procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado», en *Cuestiones Jurídicas, Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta*, v. VI, n. 1, enero-junio, Maracaibo, 11-31.
- PODETTI, R. J.: 1973, *Derecho procesal civil, comercial y laboral. Tratado de la competencia*, Bs. As., Ediar (2ª ed.).
- RACIONERO, Q.: 1990, «Introducción», en Aristóteles, *Retórica*, Madrid, Gredos.
- RAZ, J.: 1979, *The authority of Law*, Oxford, Clarendon Press.
- REALE, G. y ANTISERI, D.: 1988, *Historia del pensamiento filosófico y científico* (trad. J. A. Iglesias), Barcelona, Herder.
- REDENTI, E.: 1939, *Profili Pratici del Diritto Processuale Civile*, Milano, 2ª ed., Giuffré.
- REDENTI, E.: 1957: *Derecho Procesal Civil* (trad. S. Sentís Melendo y M. Ayerra Redín), Bs. As., Ejea.
- SATTA, S.: 1971, *Derecho Procesal Civil. Soliloquios y coloquios de un jurista* (trad. S. Sentís Melendo), Bs. As., Ejea.
- REPETTO, G.: 2012, «Per un'ermeneutica della rilevanza. La teoria dell'argomentazione di Alessandro Giuliani e il suo contributo alla studio della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo», en CERRONE, F. y REPETTO, G., *Alessandro Giuliani: L'esperienza giuridica fra logica ed etica*, Milano, Giuffré Editore.
- SENTÍS MELENDO, S.: 1959: *Teoría y práctica del proceso*, Bs. As., Ediar.
- TARUFFO, M.: 2002, *La prueba de los hechos* (trad. J. Beltrán Ferrer), Madrid, Trotta.

- TARUFFO, M.: 2006a, *La motivación de la sentencia civil* (trad. L. Córdova Vianello), México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- TARUFFO, M.: 2006b, *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil* (trad. B. H. Quintero de Prieto), Bogotá, Temis.
- TARUFFO, M.: 2008, *La prueba* (trad. L. Manríquez y J. Ferrer Beltrán), Madrid, Marcial Pons.
- TARUFFO, M.: 2009, *Páginas sobre justicia civil* (trad. M. Aramburo Calle), Madrid, Marcial Pons.
- TARUFFO, M.: 2013, «Ideologías y teorías de la justicia civil» (trad. D. M. Ramírez Carvajal), en *Proceso judicial y cultura. Una mirada global*, Medellín, Universidad de Medellín, FUTC.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: 1976, «La jurisprudencia y su relación con la tópica en la concepción de Giambattista Vico», en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, n. 206-207.
- VÉLEZ MARICONDE, A.: 1981, *Derecho procesal penal*, Córdoba, Lerner (3ª ed.).
- VELLUZI, V.: 2017, *Discorsi su Il diritto come discorso*, Pisa, Edizioni ETS.
- VICO, G.: 2004, *Obras II. Retórica* (trad. F. J. Navarro Gómez), Madrid, Anthropos.
- VIGO, R. L.: 2010, «Del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional», *La Ley*, 2010-A-1165.
- VIGO, R. L.: 2015, *Interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni.
- WRÓBLEWSKI, J.: 1985, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica* (trad. A. Azurza), Madrid, Civitas.
- ZAGREBELSKY, G.: 2011 (1995), *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (trad. M. Gascón Abellán), Madrid, Trotta.

